LOHNANSPRUCH BEI BETRIEBSSTÖRUNGEN

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

FRITZ SCHÄFER

Gerichtsassessor aus Altona

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Marburg 1934

HANS CHRISTIANS DRUCKEREI UND VERLAG, HAMBURG 36

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 13. April 1934.

Berichterstatter: Prof. Heinrich Herrfahrdt.

INHALT

		Seite
Literaturverzeichnis		5
§ 1	Einleitung	9
§ 2	Abgrenzung des Begriffs und Übersicht über die Haupttheorien	10

I. TEIL:

Schuldrechtliche Behandlung.

§ 3	Leistungsunmöglichkeit beim Betriebsrisiko	13
§ 4	Der Annahmeverzug beim Betriebsrisiko	18
§ 5	Billigkeitslösungen	22
§ 6	Der Leistungsverzug des Gläubigers beim Betriebsrisiko	24

II. TEIL:

Außerschuldrechtliche Behandlung.

§ 7	Die personenrechtlichen Theorien	27
§ 8	Die Lehren von der Gemeinschaft	29

III. TEIL:

Betriebsrisiko und Schuldhaftung.

§ 9	Die Vertretungssphäre des Reichsarbeitsgerichts	36
§ 10	Die Entwicklung der Schuldhaftung zur sog. Gefährdungshaftung	37
§ 11	Das Prinzip der Haftung bis zur höheren Gewalt beim Betriebsrisiko	41
§ 12	Anwendungsgebiet des gewonnenen Haftungsprinzips	45

Literatur-Verzeichnis

Adler: Annahmeverzug oder Betriebsgefahr. Arbeitsrecht (Arb.R.) 1922 S. 353 ff.
— Unverschuldetes Unrecht. Wien 1910.
Aubele: Das Betriebsrisiko bei Teilstreik. Bayr.Rechtspfl.Z. 1926 S. 33.
Bendix: Das Betriebsrisiko. Arb.R. 1929 S. 129.
Binding: Die Normen und ihre Übertretung. 2. Aufl. §§ 58 u. 59.
Böhlhoff: Lohnzahlung bei Arbeitsverhinderung durch Teilstreik. Diss. Marburg 1927.
Boer: Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug. Gruch. Bd. 54 S. 493.
Buchwald: Lohnanspruch bei Betriebsstockung. Arb.R. S. 361.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. II. Bd. Tübingen-Leipzig 1902.
Deetz: Verschulden bei unerlaubten Handlungen. Gruch. Bd. 64 S. 161.
Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. II. Bd., 4. Aufl. 1909, 1915.
Dersch: Betriebsrätegesetz. Mannheim 1921.
— Annahmeverzug beim Akkordvertrag; in: Kaskel, Der Akkordlohn, 1927, S. 127.
Dienstag: Der Arbeitsvertrag des Filmschauspielers und Filmregisseurs. 1929.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, Berlin 1903.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 23./27. Aufl. 1927, 11. Bearb. von H. Lehmann, 1930.
Erdmann: Von der Wandlung zum sozialen Recht. 1932.
Flatow: Betriebsrätegesetz. 12. Aufl. 1927, Berlin.
Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. Berlin 1896.
Frank: Die Gefahrtragung bei Betriebsstockung. Diss. Halle 1929.
Gierke, O. von: Dauernde Schuldverhältnisse. Iher.Jahrb. Bd. 64 S. 355.
— Deutsches Privatrecht. I. Bd.: Allg. Teil und Personenrecht. III. Bd.: Schuldrecht.
— Die Wurzeln des Dienstvertrages. In der Festschrift für Brunner, 1914, S. 37 ff.
Groh: Koalitionsrecht. Mannheim 1923.
Großmann: Schadenstragung. Diss. Zürich 1920.
Harmsen: Lohnzahlung bei Betriebsstockungen. Diss. Hamburg 1924.
Hasse: Die culpa des römischen Rechts. 2. Aufl., Bonn 1838.
Hedemann: Lohnzahlung bei Arbeitsverhinderung. In der Festschrift für Rosenthal, Jena 1923.
— Reichsgericht und Wirtschaftsrecht. 1929.
Hein: Der Einfluß der Wirtschaftskrisen auf bestehende Arbeitsverträge. JW 1925 S. 185.
Hepp: Die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilrechts. Tübingen 1838.
Herschel: Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen im Falle eines Teilstreikes. Arb.R. 1923 S. 681.
Hoeniger: Das Betriebsrisiko im industriellen Arbeitsvertrage. JW 1922, S. 1703.
Hueck: Handbuch des Arbeitsrechts. Stuttgart 1922.
Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. Bd. I, 1931, Mannheim.
Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts. Leipzig 1927.

Ihering: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Gießen 1867. Vermischte Schriften 1873.
Joerges: Lohnzahlungspflicht bei nichtverschuldetem Unterbleiben der Arbeitsleistung. Schl.W. 1929 S. 268.
Jung: Bürgerliches Recht. In: Stammler, Das gesamte deutsche Recht, S. 775.
— Rechtswidrige Schädigung fremden Vermögens. Iher.Jahrb. Bd. 69 S. 131 ff.
Karger, von: Ist der Arbeitgeber verpflichtet, seinen Arbeitern für die Tage, an denen die Arbeit wegen Mangels der Beleuchtung und Beheizung der Arbeitsräume nicht möglich war, Lohn zu zahlen? DJZ 1920, S. 710.
Kaskel: Arbeitsrecht. 4. Aufl. 1932, bearbeitet von Dersch.
— Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Betriebsstockungen. NZfA 1922 S. 1.
Koehler: Begrenzung der Lohnzahlungspflicht bei Betriebsstörungen. NZfA 1922 S. 473.
Koffka: Vgl. Karger, DJZ 1920, 644.
Kohler: Der Gläubigerverzug. Bürgerl.Arch. Bd. 13 S. 149.
Krückmann: Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug. LZ 1926 S. 9.
Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München-Leipzig 1929.
— Höhere Gewalt. In der Festschr. für Traeger 1926, S. 12.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. I. Bd. 1902, II. Bd. 1908.
Marton: Verschuldensprinzip — Verursachungsprinzip. München, Berlin, Leipzig 1926.
Mauczka: Der Rechtsgrund des Schadensersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse. Leipzig und Wien 1904.
Merkel, A.: in der Jurist. Enzyklop. §§ 692—708. Leipzig 1885.
Merkel, R.: Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. Straßburg 1895.
Molitor-Schott-Nipperdey: Europäisches Arbeitsvertragsrecht. Bd. I, 1928, (Molitor), Bd. II, 1929 (Schott), Bd. III, 1930 (Nipperdey).
Molitor: Arbeitnehmer und Betrieb. Marburg 1929.
— Das Wesen des Arbeitsvertrages. Leipzig-Erlangen 1925.
Müller-Erzbach: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung. Arch.ziv.Pr. Bd. 106, S. 309 u. Bd. 109, S. 1.
Neumann: Betriebsrisiko. Arbeitsrechtspraxis 1928 S. 219.
— Lohnzahlung bei Betriebsstockungen. JW 1928, S. 2890.
Nörpel: Neue Wege der Rechtsprechung. Arb.R. 1926, S. 101.
Oertmann: Leistungsmöglichkeit und Annahmeverzug. Arch.ziv.Pr. Bd. 116, S. 1.
— Lohnanspruch der Arbeitswilligen? NZfA 1922 S. 461.
— Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug LZ 1927 S. 1177.
— Deutsches Arbeitsvertragsrecht. Berlin 1923.
Philipp: Lohnanspruch bei Betriebsstockung und Teilstreik. Arb.R. 1926 S. 127.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. 1914—28.
Potthoff: Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht. Leipzig-Erlangen 1925.
— Gesellschaftsverhältnis statt Arbeitsverhältnis. Arb.R. 1922 S. 731.
— Entgeltzahlung bei Arbeitshinderung. Arb.R. 1923 S. 635.
— Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Teilstreik. Arb.-R. 1923 S. 673.
— Zur Solidarhaftung der Belegschaft. LZ 1927, S. 1245.
— Zur Tragung des Betriebsrisikos. Arb.-R. 1929 S. 164.
— Abwälzung des Betriebsrisikos. Arb.R. 1929 S. 589.

Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 6. Aufl. 1928 (RGRK).
Rümelin, G.: Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.
— Kulpahaftung und Kausalhaftung. Arch.ziv.Pr. Bd. 88 S. 296.
Rümelin, M.: Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen BGB zur objektiven Schadensersatzpflicht. Leipzig 1896.
— Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht. Tübingen 1909.
— Schadensersatz ohne Verschulden. Tübingen 1910.
Sigel: Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem bürgerlichen Recht. Stuttgart 1903.
Silberschmidt: Das deutsche Arbeitsrecht. Bd. I, 1926; Bd. II, 1929.
Simson: Die Lohnansprüche der Arbeitswilligen im Falle eines Teilstreiks. Diss. Freiburg 1925.
— Die Bedeutung des Solidaritätsgedankens für das Arbeitsrecht. Arb.R. 1925 S. 417.
Sinzheimer: Absazstockung und Arbeitsvertrag. Arb.R. 1924 S. 473.
— Das Reichsarbeitsgericht zum Betriebsrisiko. Arb.R. 1929, S. 223.
Sjögren: Zur Lehre von den Formen des Unrechts und dem Tatbestande der Schadensstiftung. Iher.Jahrb. Bd. 35 S. 343.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. 9. Aufl. Bd. II, 1, 1930 (Werner), Bd. II, 2, 1928 (Kober und Nipperdey).
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
— Das kaufmännische Hilfspersonal. Ehrb.Hdb. Bd. II, Leipzig 1918.
— Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis. JW 1922, S. 548.
Trautmann: Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrag. Gruch. Bd. 59 S. 434.
Unger: Handeln auf eigene Gefahr, ein Beitrag zur Lehre vom Schadensersatz. Iher.Jahrb. Bd. 30 S. 633.
— Handeln auf fremde Gefahr. Iher.Jahrb. Bd. 33 S. 299.
Vollbrecht: Betriebsverbundenheit der Arbeitnehmer unter sich. Arb.R. 1926 S. 767.
Wendt: Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Arch.ziv.Pr. Bd. 87 S. 422.
Weyl: System der Verschuldungsbegriffe im BGB. München 1905.
Westphal: Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entlohnung. JW 1921 S. 323.
Zachariae-Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts. Bd. II. Freiburg 1894.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554414_0075

§ 1

Einleitung.

Die Lehre vom sog. Betriebsrisiko behandelt eine der ältesten Streitfragen unseres Rechtslebens. Nicht erst mit der Entwicklung des Arbeitsrechts zu einer selbständigen Rechtsdisziplin oder seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches bestehen Zweifel darüber, ob der Dienstberechtigte oder der Dienstverpflichtete den wirtschaftlichen Nachteil einer Dienstleistungsverhinderung des Arbeitnehmers zu tragen habe. Schon im römischen Rechte tauchte diese Frage auf und fand ihren gesetzlichen Niederschlag im Gesetzbuch des Kaisers Justinian[1]). Auch im gemeinen Recht stößt man auf Unsicherheit bei Behandlung derartiger Fälle[2]). Während freilich vor dem Jahre 1900 dieser Frage nur geringe Beachtung zuteil wurde, und man noch unbeschwert von sozialen Gedanken in streng individualrechtlicher Auffassung die Lösung des Problems in dem Einzelarbeitsvertrage selbst suchte und zu finden glaubte, zeigt das BGB bereits Ansätze sozialrechtlicher Interessenabwägung. Es sucht den Beteiligten gerecht zu werden, soweit es in seiner patriarchalischen Denkweise es für nötig befindet[3]). Das speziell arbeitsrechtliche Problem in seiner ganzen Tragweite hat das BGB jedoch nicht erkannte. So kam es, daß nach Inkrafttreten des BGB und besonders während und nach den Kriegsjahren infolge häufiger Betriebsstockungen und zahlreicher Arbeiterentlassungen das Problem des Betriebsrisikos in immer stärkerem Maße in die Erscheinung trat. Dies Problem ist mit der zunehmenden Macht der Berufsorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu einem der heftigst umstrittenen in Literatur und Rechtsprechung geworden.

In den zahlreichen und kaum noch übersehbaren Abhandlungen, die zu diesem Problem geschrieben worden sind, sind die verschiedensten Lösungsversuche gemacht worden. Sie lassen sich in zwei Gruppen zerlegen: die ältere „zivilistisch" oder „dogmatisch" und die jüngere „arbeitsrechtlich" oder „soziologisch"[4]) orientierte Gruppe. Jene macht es sich zur Aufgabe, an Hand des bürgerlichen Rechts konstruktive Maßstäbe für die Einordnung des

[1]) Vgl. D. 19. 2. 19. 9: Tod des Dienstherrn vernichtet nicht den Lohnanspruch des Dienstverpflichteten.

[2]) RGZ Bd. 3 S. 179.

[3]) §§ 615—617 BGB.

[4]) Hedemann, Festschr. S. 200.

Problems in das Gesetzesrecht zu suchen, diese bemüht sich um eine außergesetzliche rechtspolitische Lösung des Problems.

In dieser Abhandlung soll untersucht werden, wie weit sich die Lehre vom Betriebsrisiko auf die Lehre vom Verschulden zurückführen läßt und welches Haftungsprinzip dort Platz greift, wo die Betriebsstörung ohne jedes Verschulden einer Seite eingetreten ist. Zu diesem Zweck erscheint es erforderlich, zunächst eine Darstellung der wesentlichen Gesichtspunkte zu geben, nach denen das Problem des Betriebsrisikos behandelt worden ist, um sodann zu dem eigentlichen Ziel der Abhandlung zu gelangen.

§ 2

Abgrenzung des Begriffes und Übersicht über die Haupttheorien.

Der Lohnanspruch des Arbeitnehmers bei Betriebsstörungen ist ein Erfüllungsanspruch aus dem schuldrechtlichen gegenseitigen Arbeitsvertrage. Daher muß immer in erster Linie versucht werden, an Hand der für den Arbeitsvertrag geltenden allgemeinen Vorschriften festzustellen, ob ein Lohnanspruch besteht. Da der Arbeitsvertrag als solcher im BGB nicht besonders aufgeführt ist, sondern richtiger Anschauung nach einen Unterfall des dortselbst in den §§ 611 ff. geregelten Dienstvertrages darstellt, kommen grundsätzlich nur diese Normen in Verbindung mit den allgemeinen Lehren des Schuldrechts zur Anwendung. Erst wenn auf diese Weise eine befriedigende Lösung nicht zu erzielen ist und auch weder in Gesamtvereinbarungen oder — nach neuem Recht — in einer Tarifordnung noch im Einzelvertrage eine Regelung getroffen ist, darf zu den allgemeinen unserer Rechtsordnung innewohnenden Gedanken und zu den sich daraus herleitenden rechtspolitischen Erwägungen übergegangen werden.

Die Gründe, die der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers im Wege stehen, können verschiedener Art sein. Sie können beruhen in der Person des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers oder aber auch in äußeren Ereignissen. Liegt der Grund zur Nichtleistung ohne eigenes oder fremdes Verschulden in der Person des Arbeitnehmers, so entfällt an sich nach § 323 BGB der Lohnanspruch. Jedoch greift zur Vermeidung unbilliger Härten für den Arbeitnehmer bei dieser Sachlage regelmäßig die Vorschrift des § 616 BGB Platz[5]). Dieser Fall ist daher für unser Problem ohne Interesse. Wir haben es nur mit den Fällen zu tun, bei denen die Gründe der Leistungsverhinderung nicht in der Person des lohnfordernden Arbeitnehmers beruhen. Solche Gründe können durch den Arbeitgeber verschuldet sein. Sie können aber auch ohne Verschulden einer Partei eintreten. Im ersteren Falle besteht unstreitig ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers gemäß § 324 BGB. Erst der

[5]) Diese Vorschrift ist durch Notverordnung v. 1. 12. 1930 zwingendes Recht geworden.

letzte Fall, in dem der Arbeitswillige ohne erkennbares Verschulden des Arbeitgebers seiner Vertragspflicht nicht nachkommen kann, hat den Streit um die Tragung des Betriebsrisikos veranlaßt.

Diese nicht oder scheinbar nicht in der Person eines der Beteiligten begründeten Betriebsstörungen können im Einzelbetriebe selbst entstehen oder aber von außen her in den Betrieb hineingetragen werden. Gründe der ersten Art können sein: Zahlungsschwierigkeiten, Materialmangel, Maschinendefekt, Teilstreik im Betriebe. Bei den Einwirkungen von außen ist zu denken an Truppenbesetzung, Wirtschaftskrise, Unwetterkatastrophe, Streik im Lieferwerk u. ä. Ist auch das nach liberalistisch-marxistischer Anschauung erlaubte Kampfmittel des Streiks, der in besonders starkem Maße Rechtslehre und Rechtsprechung mit der Frage des Betriebsrisikos beschäftigt hat, im heutigen Wirtschaftsleben bedeutungslos geworden, so werden die übrigen noch möglichen äußeren oder inneren, den Betrieb störenden Einwirkungen noch häufig den Streit um eine gerechte Verteilung des Betriebsrisikos aufrühren. Man hat in diesen Fällen der äußeren oder inneren Einwirkung entsprechend der Verschiedenheit des Ursprungs der Betriebsstörungen bei der Risikofrage unterschieden zwischen individuellem und generellem Betriebsrisiko[6]). Die Streitfrage, wer in diesen Fällen nicht erkennbar verschuldeter Betriebsstörung das Risiko hinsichtlich des Lohnanspruchs trägt, hat die verschiedensten Theorien hervorgebracht.

Ob Unmöglichkeit der Arbeitsleistung infolge der Betriebsstockung vorliegt oder ob der Arbeitgeber infolge des Versagens der Arbeitssubstrate in Leistungsverzug geraten ist, ist lange Zeit der einzige Gesichtspunkt gewesen, unter dem die Lösung gesucht wurde[7]). Beide Ansichten sind annähernd gleich stark vertreten. Die Vertreter dieser Theorien gelangen zu dem einen oder anderen Ergebnis, je nachdem sie die Frage nach der Rechtsnatur und dem Inhalt der Leistungsverpflichtung beantworten: ein Teil der Autoren geht davon aus, daß die Verpflichtung des Arbeitnehmers den Arbeitserfolg umfasse. Sie verkennen den Unterschied zwischen Bewirkung der Leistung, der Erfüllung und Arbeitsleistung, der Tätigkeit. Bei anderen Autoren wiederum besteht Uneinigkeit darüber, ob die Verpflichtung des Arbeitnehmers in der Vornahme sämtlicher zum Leistungserfolg erforderlichen Handlungen ohne Rücksicht auf den Eintritt des Leistungserfolges bestehe oder nicht, sowie ob der Arbeitnehmer nur zur Ausführung der ihm persönlich obliegenden Leistungshandlungen ohne Rücksicht auf die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers verpflichtet

[6]) Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, S. 168 ff.; Titze, JW 1922, S. 548.

[7]) Titze, Unmöglichkeit der Leistung, 1900; ferner JW 1922, S. 548; Trautmann, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrage, Gruch. 59 S. 434.

sei oder ob es überhaupt genüge, wenn er lediglich seine Arbeitsleistungen anbiete.

Je nach Beantwortung dieser Frage gelangt man zu dem Ergebnis, daß der Lohnanspruch wegen Unmöglichkeit der Arbeitsleistung (§ 323 BGB) entfällt oder aber daß der Lohnanspruch wegen Annahmeverzuges des Arbeitgebers bestehen bleibt (§§ 615, 293 ff. BGB).

Im Gegensatz zu den Vertretern dieser Richtung, die sich ausschließlich auf dem Boden des BGB bewegen, haben sich die Vertreter der modernen Theorien fast vollkommen von der überlieferten Dogmatik freigemacht. Sie suchen eine Lösung entweder aus Billigkeitsgründen oder aber aus dem Gedanken einer Betriebsverbundenheit der Arbeitnehmer untereinander oder zwischen den Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber. Aber auch diese Theorien sind nicht zu einem in allen Fällen befriedigenden Ergebnis gelangt.

Abseits der Vorschriften des BGB stehen sie teilweise völlig im Widerspruch zum geltenden Recht. Teilweise aber auch ruhen sie — ihren Verfechtern selbst unbewußt — nicht so sehr auf neuen, spezifisch arbeitsrechtlichen Gedankengängen, als vielmehr auf allgemeinen, unserer Rechtsordnung immanenten Anschauungen.

I. TEIL:

Schuldrechtliche Behandlung.

§ 3

Leistungsunmöglichkeit beim Betriebsrisiko.

Geht man bei der Untersuchung der Streitfrage der Lohnzahlung bei Betriebsstockungen von der älteren dogmatischen Betrachtung aus, so steht und fällt der Lohnanspruch des Arbeitnehmers mit der Frage, ob der Hinderungsgrund in einem Annahmeverzug auf Seiten des Arbeitgebers oder in der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zu finden ist. Trotz völliger Verschiedenheit der Voraussetzungen und Wirkungen dieser beiden Rechtsbegriffe sehen manche Autoren die Lösung des Falles in einem Annahmeverzug des Arbeitgebers, während andere bei gleicher Sachlage von Unmöglichkeit der Leistung sprechen. Dieser scheinbare Widerspruch ist infolge der verschiedenen Bedeutung entstanden, die diese Autoren dem Begriffe „Leistung" geben. Hierauf hat Trautmann mit Recht hingewiesen[8]).

Nach der etwa bis Kriegsbeginn herrschenden Lehre verwechselte man unbewußt die Begriffe „Leistung" und „Erfüllung"[9]). Das hatte zur Folge, daß die Fälle des Annahmeverzuges praktisch zugunsten des Gebietes der Leistungsunmöglichkeit ausgeschlossen wurden. Denn bei Arbeitsleistungen, die regelmäßig zeitlich individualisierte Leistungen darstellen und deren zeitweiliges Ausbleiben einer Unmöglichkeit der Erfüllung gleichsteht, mußte in den hier interessierenden Fällen nach jener Lehre anstatt Annahmeverzug Unmöglichkeit der Erfüllung und damit auch Leistungsunmöglichkeit angenommen werden. Eine für die Arbeitnehmer höchst unerfreuliche Lösung.

Auf verschiedene Weise hat man versucht, durch Einschränkung des Gebietes der Leistungsunmöglichkeit ein billigeres Ergebnis herbeizuführen. Endemann, Sigel, Planck und Enneccerus[10]) versuchten zu diesem Zwecke durch Auslegung des Arbeitsvertrages den Inhalt der Leistungspflicht des Arbeitnehmers festzustellen. Dabei gingen sie verschiedene Wege und gelangten zu verschiedenen Ergebnissen.

[8]) Gruch, Bd. 59, S. 455; vgl. auch unten S. 19.

[9]) Lotmar, II. Bd., S. 247; Rümelin, G., S. 82; Staudinger, II. Bd., S. 367.

[10]) Endemann, Lehrb. I, 2, S. 1091 § 174, 3a; Sigel, Der gewerbl. Arbeitsvertrag, 1905, S. 52; Planck, Kom. 1928, Anm. 5 zu § 616; Enneccerus-Lehmann I § 367 III, 1 u. 2.

Endemann lehrt völlige Unabhängigkeit der Arbeitskraft vom Arbeitssubstrat. Nach ihm besteht der Lohnanspruch des Arbeitnehmers bereits, wenn er seine Arbeitskraft in der vertraglich bestimmten Zeit zur Verfügung gestellt hat. Ist der Arbeitgeber außerstande, die ihm zur Verfügung gestellte Arbeitskraft zu verwerten, so gerät er nach Endemann dadurch allein schon in Verzug[11]).

Dem hält Lotmar[12]) zutreffend entgegen, daß eine solche Auffassung nach geltendem Recht unhaltbar sei. Das Gesetz schreibe in den §§ 611 und 614 BGB „Leistung der Dienste" vor, nicht dagegen bloße Bereitstellung[13]).

Während Endemann eine für den Arbeitsvertrag allgemein gültige Generalregel aufstellen will, versuchen die drei anderen Autoren, durch Auslegung des Einzelarbeitvertrages zu einer billigen Lösung zu gelangen. Sie gehen übereinstimmend von dem Gesichtspunkt aus, daß in erster Linie der Parteiwille zu ermitteln sei. Was jedoch als mutmaßlicher Wille der Parteien zu gelten habe, wenn eine Regelung darüber im Vertrage nicht getroffen sei, beantworten sie verschieden.

Nach Plancks zutreffender Auffassung verspricht der Arbeitnehmer erfahrungsgemäß von vornherein, Arbeit nur in besonderer Form, an einer bestimmten Maschine, an bestimmtem Orte usw., so daß bei Nichtbelieferung oder Zerstörung der Maschine Unmöglichkeit der Leistung eintritt[14]). In dieser individualisierten Arbeit sieht er im Zweifel den Regelfall.

Eine andere Frage ist es, ob dem Arbeiter in Notfällen, wo das Gesamtinteresse des Betriebes es gebietet, eine andere als die vertragsmäßig vereinbarte Arbeit zugemutet werden kann. Dies wird man schon aus dem Gedanken der schicksalsmäßigen Verbundenheit der Arbeiter und des Unternehmers im Betriebe, die heute stärker als je zuvor empfunden wird, bejahren müssen. Die Höhe des Lohnes wird freilich auch für solche Notarbeiten, die an sich geringer bezahlt worden wären, die vereinbarte Lohnsumme nicht unterschreiten dürfen. Das würde dem auch vom Reichsarbeitsgericht anerkannten Grundsatz widersprechen, daß der Unternehmer nicht einseitig den Lohn für Arbeiter herabsetzen darf, die er kraft seines Betriebsführungsrechts zu anderen als den ursprünglich vereinbarten Arbeiten anweist.

Entgegen Planck's Ansicht meint Enneccerus, daß im Zweifel, d. h. bei Nichterkennbarkeit des Parteiwillens, der Arbeitnehmer sich Beschäftigung an einer anderen Maschine oder sogar in einer anderen Fabrik gefallen lassen müsse. Folgte man seiner Ansicht, so wäre im Zweifel der Lohnanspruch des Arbeitnehmers infolge Annahmeverzuges des Arbeitgebers begründet. Obwohl Ennecce-

[11]) Ihm folgt Groh, Koalitionsrecht, S. 167; s. auch Hein, JW 1925 S. 185.
[12]) Bd. II, S. 275.
[13]) So auch Trautmann, Gruch. Bd. 59 S. 439, und Hansen, Diss. S. 6.
[14]) So auch v. Karger DJZ 1920 S. 711; Groh, Koal.R., S. 167.

rus auf diese Weise den Interessen des Arbeitnehmers in gewissem Umfange dadurch Rechnung trägt, daß er das Gebiet der Leistungsunmöglichkeit erheblich einschränkt, geht er doch von falschen Voraussetzungen aus. Seine Theorie, der Arbeitnehmer schulde schlechthin Arbeitsleistung, kann nicht richtig sein. Regelmäßig wird ein Arbeitnehmer bei Abschluß des Arbeitsvertrages nicht damit einverstanden sein, nach Belieben des Arbeitgebers ohne Not den Arbeitsgegenstand oder die Arbeitsstätte in einer für ihn u. U. ungünstigen Weise wechseln zu müssen.

Sigel[15]) lehnt es ab, für Fälle, die den Parteiwillen nicht klar erkennen lassen, einen vermutlichen Parteiwillen nach irgendeiner Richtung hin zu konstruieren. Die Aufstellung einer Auslegungsregel widerspreche dem de lege lata bestehenden Grundsatz der Anerkennung des freien Vertragswillens der Parteien[16]). Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Mangels vertraglicher Regelung müssen die dispositiven Normen des BGB Platz greifen. Jedoch ist damit die Frage nicht gelöst, welche Vorschriften des Gesetzes anzuwenden sind. Staudinger[17]) gibt einen brauchbaren Hinweis auf § 242 BGB. Der Vertragsinhalt müsse im konkreten Falle nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte festgestellt werden[18]). Jedoch ist auch dieser Weg nicht ohne Bedenken, da das gemäß § 242 BGB gefundene Ergebnis letzten Endes doch nur der Ausdruck der eigenen sozialen Einstellung des Urteilenden ist.

Die bisher betrachtete Lehre der Vertreter der Auslegungstheorie, die die Lösung ausschließlich aus dem Arbeitsvertrage herzuleiten sucht, kann nicht befriedigen. Bei gleichem Sachverhalt entweder Annahmeverzug oder Leistungsunmöglichkeit als vorhanden anzusehen, je nachdem man der einen oder anderen Lehre folgt, erscheint willkürlich, und das ist ein Beweis, daß der bisher verfolgte Weg nicht der richtige ist.

Besser, wenn auch im Ergebnis nicht völlig befriedigend, ist die Lehre der Autoren, die eine allgemein gültige, nicht auf den Arbeitsvertrag beschränkte Lösung anstreben. Vor allem sucht Titze[19]) in seiner früheren, jetzt von ihm aufgegebenen[20]) Lehre durch kritische Untersuchung der Leistungsunmöglichkeit eine Abgrenzung zwischen dieser und dem Annahmeverzug zu gewinnen. Nach ihm ist für die Entfaltung einer Schuldnertätigkeit die Person des Schuldners wie das Stück Außenwelt, auf das sich die Tätigkeit bezieht, in gleicher Weise wesentlich. Aus dieser Gleichwertigkeit von Subjekt und Objekt der Tätigkeit schließt er, daß für den Begriff der Leistungsunmöglichkeit unerheblich sei, ob der Leistungs-

[15]) a.a.O. S. 52.
[16]) So auch Trautmann, a.a.O. S. 442.
[17]) Kom. § 611 Anm. 5.
[18]) Ähnlich Groh, a.a.O. S. 167—170.
[19]) Unmöglichkeit der Leistung S. 21 ff.
[20]) JW 1922 S. 548.

effekt wegen Versagens der Person des Schuldners oder wegen Versagens des Leistungssubstrates ausbleibe. Da bereits der Wegfall des Arbeitssubstrats begrifflich eine Leistungsunmöglichkeit bedeute[21]), könne man von einer Leistungsmöglichkeit auch nicht deshalb reden, weil die Substratbeschaffung etwa Sache des Gläubigers gewesen wäre. Gläubigerverzug erkennt Titze nur an, wo die objektiven und subjektiven Voraussetzungen für die Möglichkeit in abstracto vorhanden sind[22]). Titze abstrahiert also von der im Einzelfall tatsächlich vorhandenen Unmöglichkeit und konstruiert eine Möglichkeit „an sich". Dem geltenden Recht ist jedoch der Begriff der abstrakten Möglichkeit fremd. Eine nur abstrakt mögliche Leistung kann weder angeboten noch angenommen werden. Damit fehlt es überhaupt an einer Voraussetzung des Gläubigerverzuges. Auch bleibt unklar, worin die Möglichkeit der Leistung liegen soll, wenn das Substrat der Tätigkeit zwar irgendwie vorhanden ist, aber im einzelnen Falle nicht in räumliche Beziehung zur Arbeitskraft gebracht werden kann, und wenn sie andererseits im Falle des Unterganges des Substrats als unmöglich zu betrachten ist. Titzes frühere Lehre ist aber auch deswegen unrichtig, weil der Schuldner seine Leistung nach dem Vertrag nur einem bestimmten Gläubiger zu erbringen hat. Nur im Verhältnis zu diesem kann daher die Frage der Möglichkeit erheblich sein. Ob der Schuldner imstande ist, seine diesem Gläubiger geschuldete Leistung einem anderen Gläubiger zu erbringen, ist völlig gleichgültig[23].)

Obschon Titze mit dieser Lehre das Gebiet der Leistungsunmöglichkeit in gewissem Umfange zugunsten des Annahmeverzuges einschränkt, liegt doch grundsätzlich das Betriebsrisiko immer noch beim Arbeitnehmer. Lange Zeit war seine Lehre die in der Rechtsprechung und Rechtslehre vorherrschende[24]). Sie wurde andererseits aber auch als unbillig empfunden.

So kam es, daß Kohler, der sich schon vor Titze mit diesem Problem beschäftigt hatte[25]), eine ansehnliche Gefolgschaft erlangte[26]). Er hält im Gegensatz zu Titze ein gleichzeitiges Nebeneinander von Unmöglichkeit und Annahmeverzug für möglich. Die sich für ihn, der ebenso wie Titze von der Gleichsetzung der Leistung und Erfüllung ausgeht, in Anwendung des § 297 in Verbindung mit

[21]) Ebenso RGRK § 323 Anm. 2 i. Verb. m. § 615 Anm. 2.

[22]) Unmöglichkeit, S. 24.

[23]) Gegen Titze auch Krückmann, Arch.ziv.Pr. Bd. 101 S. 255; Trautmann, Gruch. Bd. 59 S. 448.

[24]) Seine Lehre findet sich heute noch u. a. bei Planck, Komm. § 293 Anm. 3 S. 295; Staudinger, Komm. § 615, II, 2 b, S. 821; RGRK § 297 Ziff. 1 und § 615 Ziff. 2.

[25]) Arch.bürgl.R. Bd. 13 S. 149 ff., S. 200 ff., S. 254.

[26]) Crome, Lehrb. II, S. 149, 653; Kisch, Unmöglichkeit, S. 79 ff.; Kleineidam, Unmöglichkeit, S. 9; Boer, Gruch. Bd. 54 S. 493 ff.; Herschel, Arb.R., 1923, S. 685.

den §§ 323, 615, 300 ff. BGB ergebenden widersprechenden Rechtsfolgen sucht er dadurch zu beseitigen, daß er den genannten Vorschriften eine andere Bedeutung gibt. Nach ihm kann der Gläubiger dann, wenn die ihm obliegende Mitwirkungshandlung objektiv unmöglich ist, dem Schuldner diese Unmöglichkeit nicht entgegenhalten, die zuerst ihn und erst per consequens den Schuldner trifft. Umstände im Bereich seines Annahmewirkens, die sich in das Bereich des schuldnerischen Leistungsbewirkens hinübererstrecken, dürften ihn nicht veranlassen, seinen Annahmeverzug mit der Begründung abzulehnen, daß der Schuldner infolge dieser Umstände nicht imstande gewesen sei, sie zu erfüllen. Kohler gelangt auf diese Weise zu einem befriedigenderen Ergebnis als Titze, obwohl er von der falschen Voraussetzung der Gleichzeitigkeit von Unmöglichkeit und Annnahmeverzug ausgeht. Diese Lösung entspringt einem sozialen Bedürfnis. Sie hängt aber vollkommen in der Luft. Es fehlt jede gesetzliche Grundlage. Sie ist daher abzulehnen.

Ganz ähnlich wie Kohler führt Crome aus: „Liegt der Hinderungsgrund dagegen ausschließlich am Gläubiger, während der Schuldner fortdauernd bereit und imstande ist, zu leisten, so darf die Frage nach der Möglichkeit nicht aufgeworfen werden, sondern der Nachteil fällt dem Gläubiger zur Last[27])." Neben ihm ist als Vertreter dieser Richtung noch ein moderner Autor anzuführen, Herschel, der den Annahmeverzug sogar als qualifizierten Sonderfall der Leistungsunmöglichkiet darstellt[28]). Er schränkt diesen zunächst allgemein aufgestellten Satz jedoch sogleich erheblich ein und gibt zu, daß in vielen Fällen die Unmöglichkeit den Annahmeverzug ausschließe. Er gerät in Widerspruch mit sich selbst, wenn er die gesetzlichen Vorschriften über den Annahmeverzug in Fällen, in denen er zum Ergebnis der Leistungsunmöglichkeit gelangt ist, deswegen anwenden will, weil das BGB eine ausdrückliche Trennung zwischen diesen Gebieten vorgenommen habe. Seine Ansicht läuft darauf hinaus, daß das Gesetz in solchen Fällen lediglich einen Annahmeverzug fingiere. Eine solche Fiktion kennt jedoch das Gesetz nicht, sondern es schränkt in diesen Fällen den Rechtsbegriff der Unmöglichkeit ein.

Zuletzt sei als Vertreter derjenigen Theorien, die von dem falschen Leistungsbegriff der Erfüllung ausgehen, noch Lotmar genannt, der die Titzesche Theorie der abstrakten Möglichkeit nach der subjektiven Seite weiter ausbaut[29]). Er fordert als Voraussetzung des Annahmeverzuges Betätigung des Annahmewillens des Gläubigers, d. h. also freiwillige Ablehnung oder eine willentliche Unmöglichmachung der angebotenen Leistung. Er kommt so zu dem Ergebnis, daß in allen Fällen, in denen die Leistung durch einen anderen Grund als durch die vom Gläubiger aus freien

[27]) a.a.O. S. 149.

[28]) a.a.O.; ähnl. Boer, Gruch. Bd. 54, S. 493 ff.; dagegen: Oertmann, Arch.ziv.Pr. Bd. 116 S. 11—13.

[29]) Lotmar, II S. 274 ff., S. 290 ff.

Stücken erfolgte Ablehnung nicht vollbracht werden kann, Unmöglichkeit der Leistung vorliege. Damit ist in den hier allein interessierenden Fällen schuldloser Betriebsstockung für Annahmeverzug kein Raum, sondern es sind nur die Unmöglichkeitsvorschriften anwendbar.

Diese Ansicht ist unhaltbar. Sie geht auf eine längst für unrichtig erkannte Lehre zurück, die den Annahmeverzug vom Verschulden des Gläubigers abhängig machte[30]). Außerdem steht dieser Ansicht die Vorschrift des § 295 S. 1 BGB entgegen. Hier genügt tatsächliches Unterbleiben der Gläubigerhandlung. Da ein Angebot in diesem Fall nicht vorliegt, kann auch von einer Ablehnung des Angebots, mithin von einer Betätigung des Ablehnungswillens nicht die Rede sein. Was aber von der Aufforderung des § 295 S. 2 gilt, muß auch von dem Angebot des § 295 S. 1 gelten. Also ist der Annahmeverzug nicht vom Ablehnungswillen des Gläubigers abhängig.

Keine der bisher erörterten Theorien hat es vermocht, eine gerechte Lösung des Problems zu finden. Praktisch sind sie alle dem — ihren Vertretern selbst unbewußten — Fehler zum Opfer gefallen, dessen Folgen sie vermeiden wollten (vgl. oben S. 13). Alle ihre Vertreter sprechen nämlich von einer Unmöglichkeit der Leistung schon dann, wenn in Wahrheit nur eine Unmöglichkeit des Leistungserfolges oder der Erfüllung vorliegt. Mit notwendiger Folge müssen sie daher regelmäßig in Fällen der Betriebsstockung Leistungsunmöglichkeit auf Seiten des Arbeitnehmers erblicken. Denn bei Wegfall des Arbeitsgegenstandes und Arbeitsraumes oder der Mitwirkungshandlung ist Annahmeverzug des Gläubigers deshalb ausgeschlossen, weil der Leistungserfolg nicht mehr bewirkt werden kann. Selbst ein die Verzugswirkung herbeiführendes Angebot ist nicht mehr möglich, da der Schuldner „zur Erfüllung", „zur Bewirkung der Leistung" außerstande ist.

Daß dies Ergebnis de lege lata nicht billigenswert ist, haben die genannten Autoren wie gesagt selbst gefühlt, sie haben aber durch ihre Versuche, entweder durch Auslegung oder durch begriffliche Abgrenzung der Unmöglichkeit und des Annahmeverzuges eine annehmbare Lösung zu finden, den aus dem falschen Leistungsbegriff resultierenden Fehler nicht beseitigen können. Erst die Trautmann- Oertmannsche Richtung, die aus Anlaß der bei Kriegsbeginn erfolgten zahlreichen Arbeiterentlassungen eine für die Arbeitnehmer günstige Lösung suchte, ist zu der dogmatisch besseren Lösung gelangt.

§ 4

Annahmeverzug beim Betriebsrisiko.

Trautmann[31]) ist der erste Vertreter jener Richtung, die in Fällen der Betriebsstörung grundsätzlich Annahmeverzug des Arbeitgebers

[30]) Vgl. Oertmann, Arch.ziv.Pr. 116/42.
[31]) Gruch. 59, 434 ff.

für gegeben erachtet. Nach ihm ist Leistung im Sinne der §§ 293 ff. BGB nur der schuldnerische Leistungsanteil an der Erfüllung des Schuldverhältnisses, im Gegensatze zu der dem Gläubiger obliegenden Handlung der Annahme oder Mitwirkung. Demgemäß kommt es für den Eintritt des Annahmeverzuges nur darauf an, ob der Schuldner die ihm vertraglich obliegende Leistung so bewirken kann, daß der Leistungserfolg eintritt, wenn auch der Gläubiger das Seinige zur Erfüllung beiträgt[32]). Trautmann weist darauf hin, daß das Gesetz bei zufälliger Unmöglichkeit den Schaden auf beide Parteien abwälzt, denn beide Parteien werden gemäß den §§ 275, 323 BGB frei. Damit habe der Gesetzgeber die Leistungspflicht des Schuldners in Ausnahme von dem Satze casum sentit dominus bei zufälliger Unmöglichkeit mildern wollen. Beim Annahmeverzuge trage jedoch ausschließlich der Gläubiger die Gefahr[33]).

Zutreffend führt er aus, daß „das BGB unzweideutig in § 295 in Verbindung mit § 297 Schuldnerleistungen als möglich bezeichnet, die eine nicht erfolgende Gläubigerleistung zur Voraussetzung haben"[34]). Das ist unzweifelhaft richtig und beweist, daß die Schuldnerleistung nicht gleich Erfüllung sein kann, da diese bei Arbeitsverträgen, wie wir gesehen haben[35]), solchenfalls regelmäßig unmöglich ist. Würde man diesen Schluß nicht ziehen, so käme man außerdem zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß bei Arbeitsverträgen entgegen der Vorschrift des § 615 BGB ein Annahmeverzug überhaupt ausgeschlossen ist[36]).

Der Umfang der Leistung ergibt sich für Trautmann aus § 294 BGB, der nicht nur zugunsten des Gläubigers, sondern auch zugunsten des Schuldners das Maß der Leistung bestimme: „Die Leistung muß dem Gläubiger nur so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden[37])." Sei daher der Gläubiger vertraglich zu Mitwirkungshandlungen verpflichtet, so sei der Schuldner zwecks Erfüllung des Schuldverhältnisses nur zu der ihm vertraglich obliegenden Leistung verpflichtet. Verlange man aber, daß neben der Möglichkeit der Schuldnerleistung auch die Gläubigermitwirkungshandlung möglich sei, so verlange man mehr, als das Gesetz vorschreibe. Man fordere dann die Möglichkeit der Bewirkung der schuldnerischen Leistung, d. h. die Möglichkeit der Erfüllung des ganzen Schuldverhältnisses. Die begriffliche Unterscheidung zwischen Leistung und Erfüllung stützt Trautmann durch eine Aus-

[32]) Ebenso Brodmann, Ehrb.Hdb. IV, 2 S. 291; a. M.: Harmsen, Diss. S. 28 — Bei Arbeitsleistungen ohne Gläubigermitwirkung kann ein Annahmeverzug nicht eintreten.

[33]) a.a.O. S. 451; ebenso Dür.-Hach. Anm. 7 vor § 59; Simson, Diss. S. 19 und 20.

[34]) a.a.O. S. 454.

[35]) Oben § 3 S. 13.

[36]) Vgl. hierzu Herschel, Arb.R. 1923, S. 687.

[37]) Trautmann, a.a.O. S. 255.

legung des § 297 BGB. Es heiße dort nicht, der Gläubiger komme nicht in Verzug, wenn die Bewirkung der Leistung unmöglich sei, sondern wenn der Schuldner seinerseits außerstande sei, die Leistung zu bewirken[38]). Er weist zutreffend darauf hin, daß das BGB nur bei persönlichen Verhältnissen den Ausdruck des Außerstandeseins gebraucht. Der Unterschied der Begriffe Leistung und Erfüllung läßt sich aber auch aus dem § 611 BGB herleiten, der nur von der Leistung der versprochenen Dienste spricht. Hätte das Gesetz Erfüllung durch den Schuldner verlangen wollen, so hätte es analog dem Wortlaute des § 362 BGB von Bewirkung der Leistung gesprochen. Das Gesetz unterscheidet also genau zwischen Leistung und Bewirkung der Leistung.

Die Trautmannsche Lehre hat schnell in der bisher herrschenden Meinung Anhänger gefunden. Auch Titze und Oertmann änderten ihre Anschauung zu diesem Problem.

Oertmann folgt Trautmann darin, daß Leistung und Erfüllung verschiedene Begriffe sind[39]). Er stellt sich jedoch unter Leistung verschiedenes vor, und zwar unterscheidet er hinsichtlich des persönlichen Hindernisses der fehlenden Mitwirkungshandlung des Gläubigers danach, ob diese am Ende, in der Mitte oder am Anfang der schuldnerischen Handlungen liegt. Der Umfang der schuldnerischen Leistungstätigkeit ist demgemäß jeweils davon abhängig, in welchem Augenblick die Mitwirkungshandlung einzusetzen hat. Je früher der Gläubiger zur Erfüllung beizutragen hat, um so geringer ist die vom Schuldner zu erbringende Tätigkeit. In allen diesen Fällen liegt nach Oertmann bei fehlender Mitwirkungshandlung eine zur Begründung des Annahmeverzuges ausreichende Schuldnerleistung vor. Ist jedoch das Erfüllungshindernis nicht persönlicher, sondern sachlicher Natur, d. h. beruht das Hindernis in einem Versagen der Substrate, so nimmt Oertmann dann Annahmeverzug an, wenn das fehlende Substrat vom Gläubiger zu stellen ist. Das sachliche Erfüllungshindernis ist dann zugleich ein persönliches. In sonstigen Fällen, in denen eine Substratstellung durch den Gläubiger überhaupt nicht erforderlich ist, oder in denen die Mitwirkung durch einmalige Bereitstellung des Substrats beendet ist, ist Annahmeverzug ausgeschlossen[40]).

Ähnlich wie Oertmann vertritt auch Titze[41]) nach Aufgabe seiner alten Theorie der abstrakten Möglichkeit den Standpunkt, daß zur Lösung des Problems grundsätzlich vom Annahmeverzuge auszugehen sei. Er ordnet die Begriffe Annahmeverzug und Unmöglichkeit dem Oberbegriffe des „Erfüllungshindernisses" unter[42]). Leistungsunmöglichkeit kann nach ihm ebenfalls nur vorliegen, wenn

[38]) a.a.O. S. 457.
[39]) Arch.ziv.Pr. 116, 14 ff.
[40]) a.a.O. S. 31—39.
[41]) JW 1922, 548.
[42]) Vgl. dagegen KG in JW 1923, 941

das Erfüllungshindernis nicht in einer ausbleibenden Gläubigermitwirkung begründet ist, wohingegen in Fällen fehlender Gläubigermitwirkung Annahmeverzug gegeben ist. Das Maß der Gläubigermitwirkung bestimme sich nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses und dieser wiederum richte sich nach Treu und Glauben und Verkehrsanschauung. Auf Grund dieses Maßstabes, des beweglichen Faktors seiner Lehre, bejaht Tiße, analog der Oertmannschen Lehre, den Annahmeverzug im Falle des individuellen Betriebsrisikos, das er als den typischen Fall des Unternehmerrisikos bezeichnet, und verneint ihn beim generellen Betriebsrisiko. Obwohl es sich bei diesem um die grundsäßlich gleiche Gedankenfolge handelt, wie beim individuellen Betriebsrisiko, was Tiße auch selbst hervorhebt, so will er dennoch in diesen Fällen aus Billigkeitsgründen die Nichtbeschaftung von „unbeschaffbaren" Substraten nicht als Unterlassung einer vom Arbeitgeber vertragsmäßig zu erwartenden Mitwirkungshandlung ansehen. Diese Erwägung ist jedoch nicht stichhaltig, denn gleiche Gründe ließen sich u. U. gegen die Bejahung des Lohnanspruchs beim individuellen Betriebsrisiko ins Feld führen. Ob individuelles oder generelles Betriebsrisiko vorliegt, muß für die juristische Behandlung unseres Problems gleichgültig sein. In beiden Fällen treten tatsächlich die gleichen Folgen ein. Sie müssen daher auch rechtlich gleich beurteilt werden. Nimmt Tiße beim individuellen Betriebsrisiko Annahmeverzug an, so muß er das auch beim generellen tun. Denn der Verzug muß nach den Grundsäßen der Logik als Rechtsfolge eines bestimmten rechtlichen Tatbestandes bei Vorliegen dieses Tatbestandes stets eintreten, gleichgültig, ob dies billig erscheint oder nicht. Ob sich in dem einen oder anderen Falle die daraus entstehenden wirtschaftlichen Folgen ungleich entwickeln können, hat der Geseßgeber, aber nicht der Richter nachzuprüfen. Außerdem ist zu bedenken, daß die wirtschaftlichen Schäden beim individuellen Betriebsrisiko weit größer sein können als solche, die aus einer neutralen Zone stammen. Wenn aber im einzelnen Falle beim generellen Betriebsrisiko infolge des Annahmeverzuges eine unerträgliche Belastung des Unternehmers entstehen sollte, so könnte logischerweise nur die Frage auftauchen, ob troß Vorliegens des Annahmeverzuges nach allgemeinen Grundsäßen der Billigkeit Befreiung des Unternehmers von der Lohnzahlungspflicht geboten ist.

Tißes Gedankengang, der in das Gebiet der Billigkeit und Zumutbarkeit hineinleitet, zeigt bereits die Richtung an, die die Mehrzahl der Autoren, die der Trautmann-Oertmannschen Lehre folgen[43]), einschlägt. Troß der im allgemeinen recht brauchbaren Er-

[43]) Anhänger dieser Richtung sind u. a. Krückmann, LZ 1926, 13 ff.; Nikisch, Grundr. S. 75; Matthaei, Grundr. S. 137; Sinzheimer, Grundzüge, S. 190; Groh, Koal.R. S. 165 ff.; Buchwald, Arb.R. 1922, S. 353; Herschel, Arb.R. 1923, S. 684; Hoeniger JW 1922, 1704; Koffka, DJZ 1922, S. 644; Frank, Diss. S. 35.

gebnisse, die die Trautmannsche Richtung zu diesem Problem und besonders in den Fällen des individuellen Betriebsrisikos hervorgebracht hatte und denen sie die stattliche Zahl ihrer Anhänger verdankt, brach sich immer mehr die Erkenntnis Bahn, daß in Fällen des generellen Betriebsrisikos und des Streiks die auf Grund der Dogmatik des BGB gefundenen Lösungen regelmäßig versagen. Nicht zum wenigsten auf diesen Umstand ist es zurückzuführen, daß sich eine Reihe von Gegnern fanden[44]), die zum Teil überhaupt darauf verzichteten, die Fälle des Betriebsrisikos in das Prokrustesbett der Unmöglichkeit oder des Annahmeverzuges zu zwängen.

§ 5

Billigkeitslösungen.

Aus der Erkenntnis, daß es u. U. eine außerordentliche Härte bedeuten könne, in Fällen des generellen Betriebsrisikos, bei denen das Erfüllungshindernis aus einer neutralen Zone entsteht, eine der Parteien allein den Nachteil tragen zu lassen, entstanden abseits der überlieferten Konstruktionen der Dogmatik die Lehre von der Unzumutbarkeit und die Sphärentheorie.

Der Grundsatz der Unzumutbarkeit stützt sich auf § 242 BGB. Treu und Glauben und freies Ermessen bilden den Maßstab, mit dem zuerst Koffka[45]) dem Arbeitnehmer in Anwendung des § 615 BGB einen Lohnanspruch zubilligen will, obwohl formal gesehen der Lohnanspruch gemäß § 323 BGB entfallen müßte. Er beruft sich darauf, daß das BGB in den §§ 615 und 616 der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Arbeitnehmer habe Rechnung tragen wollen, und daß dieser Gesichtspunkt in den hier streitigen Fällen entsprechend zu berücksichtigen sei. Koffka geht in seiner Rücksicht auf den wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmer zu weit, wenn er gemäß § 615 BGB den Zufall stets dem Arbeitgeber aufbürden will. Er berücksichtigt nicht die schweren Nachteile, die dadurch direkt den Arbeitgeber und rückwirkend auch die Arbeitnehmer treffen können.

Besser ist die Ansicht, die Koehler[46]), ausgehend von der Trautmannschen Lehre, vertritt, indem er ebenfalls gemäß § 615 BGB grundsätzlich den Lohnanspruch anerkennt, andererseits aber auch gemäß § 242 die Lohnzahlungspflicht zum Schutze der Parteien gegen unbillige Zumutungen modifiziert. Er meint, in analoger Anwendung der §§ 69—71 der Seemannsordnung in Verbindung mit § 242 BGB müsse die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers ein-

[44]) Hedemann, Festschr. S. 203 Anm. 61; v. Karger, DJZ 1922, S. 710; Köhler, DJZ 1922, 473; Staud.-Nipp. § 615, II. 2 b; Heck, Grundr. S. 341; Kreß, Lehrb. S. 475.

[45]) DJZ 1920, 644.

[46]) NZfA 1922, 473.

geschränkt werden[47]). Diese Theorie krankt wie alle Billigkeitslösungen daran, daß der Ausfall der Entscheidung nie mit Sicherheit vorauszusehen ist. Dadurch wird eine große Rechtsunsicherheit in die Rechtslage der Parteien gebracht..

Aus dem gleichen Grunde ist auch Tißes Lehre nicht anzuerkennen, der, wie schon erwähnt[48]), in Fällen des generellen Betriebsrisikos aus Billigkeitserwägungen heraus eine Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers zu vermeiden sucht, weil dieser ohnehin durch die Betriebsstörung schwer betroffen werde. Das sollte aber für Tiße kein Anlaß sein, im Widerspruch zu der von ihm selbst entwickelten begrifflichen Abgrenzung von Leistungsunmöglichkeit zu sprechen. Die Mitwirkungshandlung ist und bleibt Aufgabe des Arbeitgebers, ohne Rücksicht darauf, ob das Erfüllungshindernis aus einer neutralen Zone herrührt. Die Frage der Zumutbarkeit kann daher nicht die Mitwirkungshandlung, sondern höchstens die Lohnzahlungspflicht betreffen[49]).

Während die Lehre von der Unzumutbarkeit sich damit begnügt, im Einzelfall das Risiko nach billigem Ermessen dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer aufzubürden, versucht die Sphärentheorie[50]) ganz allgemein die Erfüllungshindernisse nach ihrer wirtschaftlichen Zugehörigkeit verschiedenen Kreisen zuzuteilen, die gleichsam den Herrschaftsbereich des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers bilden[51]). Ausgehend von § 616 BGB, der von in der Person des Arbeitnehmers liegenden Hinderungsgründen spricht, gelangt diese Theorie von der Unterscheidung zwischen Erfüllungshindernissen aus der Person einer der Parteien zu der Unterscheidung zwischen Erfüllungshindernissen aus dem Herrschaftsbereich einer der Parteien. Sie versagt jedoch in den besonders zweifelhaften Fällen, in denen das Hindernis der Sphäre eines unbeteiligten Dritten (z. B. Elektrizitätswerk, Truppenbesetzung) entstammt oder auf Naturereignissen beruht. Sie bietet uns keinen Anhalt, welcher Sphäre diese Hindernisse zuzuweisen sind[52]). Diese Unbestimmtheit ist in Streikfällen besonders deutlich geworden. Manche sahen im Streik ein Erfüllungshindernis aus der Arbeitgebersphäre, mit dem ein Arbeitgeber stets rechnen mußte, und erkannten daher den Lohnanspruch der Arbeitswilligen an. Andere sahen darin einen typischen Fall des Erfüllungshindernisses aus der Sphäre des Arbeitnehmers und der Arbeiterschaft.

[47]) Nach § 70 Ziff. 6 SeeO erhält der Seemann bei Unmöglichkeit teilweise Heuer und evt. Aufwendungsersatz.

[48]) S. oben § 4 S. 21.

[49]) Das übersehen auch Frank, Diss. a. E. und Krückmann, LZ 1926, S. 9 — gegen diesen Oertmann, LZ 1927, S. 1177.

[50]) Den Namen gebraucht schon Strohal, Iher.J. 33, 386.

[51]) Hueck, Lehrb. S. 200; Leonhard, Lehrb., S. 564; Staub, Komm. § 63 Anm. 8 S. 416; Oertmann, Arb.Vertragsr. S. 168 ff. und Recht 1922, S. 5 ff.

[52]) Ebenso Enneccerus-Lehmann, Lehrb. II, § 57 1, 2, § 144 III.

Wieder andere unterschieden dabei zwischen Streik im eigenen und im fremden Betriebe. Diese Theorie zeigt eine große Unsicherheit. Der Begriff der Sphäre ist viel zu unbestimmt, um praktisch brauchbar zu sein. Fast jeder Vertreter dieser Theorie benutzt zur Abgrenzung der Sphären einen anderen Maßstab. Das führt zu völlig widersprechenden Lösungen. Von Rechts wegen kann aber nur eine Lösung die richtige sein. Die widersprechenden Ansichten zeigen, daß es eben Ereignisse gibt, von denen man nicht schlechthin sagen kann, welcher Sphäre sie angehören. Daher ist die Sphärentheorie nicht der Weg, der uns zum Ziel führt[53]). Sie beruht genau so wie die Lehre von der Zumutbarkeit auf Billigkeitserwägungen. Das zeigt sich, worauf oben hingewiesen wurde, besonders beim Streik. Die soziale Einstellung des Urteilenden bestimmt seine Entscheidung. Das ist zu bedauern, aber unabänderlich. Denn die Schwierigkeit liegt de lege lata darin, daß sie mit Naturnotwendigkeit den wirtschaftlichen Interessen der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer zuwiderläuft. Gerade deshalb aber soll man sich hüten, mit sog. Billigkeitsmaßnahmen zu arbeiten. Sie sollen das größere Übel durch das kleinere ersetzen. Oft wird gerade das Gegenteil erreicht werden. Das aber bedeutet keine Lösung unseres Problems.

§ 6

Der Leistungsverzug des Gläubigers beim Betriebsrisiko.

Völlig andere Wege als die bisher behandelten Vertreter der zivilistischen Richtung verfolgt Kaskel[54]). Er geht von der Unmöglichkeit der Leistung aus und versucht, durch eine ungewöhnliche Auffassung der Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers die aus § 323 BGB folgenden, für den Arbeitnehmer ungünstigen Ergebnisse zu beseitigen und einen Leistungsverzug des Arbeitgebers zu konstruieren. Er behauptet, die Beschaffung des Arbeitssubstrats sei keine bloße Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers, sondern eine neben der Lohnzahlungspflicht bestehende selbständige Rechtspflicht des Arbeitgebers. Sie umfasse die Bereitstellung eines normal funktionierenden Betriebes und Beschaffung von Werkzeugen und Stoffen, sowie die Übertragung von Arbeit. Diese Leistungspflicht sei selbstverständliche Voraussetzung eines jeden Arbeitsvertrages, soweit nicht vertraglich Abweichendes bestimmt sei. Einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung dieser Leistungspflicht habe es deshalb nicht bedurft. Das Gesetz setze sie voraus.

[53]) So schon Crome, Part.R.Gesch. 1897 § 45: Er versucht durch ein Beispiel auf die Unklarheiten des Begriffs hinzuweisen: Ein Ochse auf der Wiese nimmt das Bild eines Landschaftsmalers auf die Hörner. Unfall in der Sphäre des Malers oder des Bestellers? Ist der Ochse in die Sphäre des Malers oder des Bestellers oder sind diese beiden in die Sphäre des Ochsen geraten?

[54]) NZfA 1922, S. 1 ff., Lehrb. S. 129 ff.

Das erhelle insbesondere aus dem § 618 BGB. Den Unterschied zwischen der Leistungspflicht des Arbeitgebers und der Mitwirkungshandlung im Sinne des § 295 BGB sieht Kaskel darin, daß es sich bei jener um ein eigenes selbständiges Tätigwerden des Arbeitgebers handelt. Diese dagegen diene lediglich der Ergänzung der Handlungen des Arbeitnehmers. Beim Ausbleiben der Leistungssubstrate kann demzufolge nach Kaskel nur Leistungsverzug des Arbeitgebers oder bei fehlendem Verschulden Unmöglichkeit der vom Arbeitgeber geschuldeten Leistung vorliegen. Der Lohnanspruch des Arbeitnehmers wird also entweder gemäß § 324 BGB bejaht oder gemäß § 323 verneint. Im Bejahungsfalle ergibt sich außerdem noch ein Schadensersatzanspruch.

Kaskel's Ausführungen sind fast allgemein abgelehnt worden[55]). Eine Rechtspflicht zur Beschaffung der Leistungssubstrate kann nur dort bestehen, wo auch eine Beschäftigungspflicht besteht. Eine solche Pflicht besteht regelmäßig nicht. Nach dem Gesetz (§ 611 BGB) ist der Arbeitgeber nur zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Diese Vorschrift ist freilich nicht zwingenden Rechts. Die Parteien können eine Beschäftigungspflicht vereinbaren. Solche Abmachungen finden wir in der Regel nur bei solchen Dienstverträgen, bei denen der Arbeitnehmer ein besonderes Interesse an der Beschäftigung hat oder bei denen die Nichtbeschäftigung die Berufsausbildung stört, z. B. beim Lehrvertrag oder beim Bühnenengagement. In diesen Fällen wird gewöhnlich stillschweigend eine Beschäftigungspflicht vereinbart, weil die Natur der Verträge sie verlangt[56]). Für alle übrigen Dienst- und Arbeitsverträge gilt aber das Gegenteil[57]). Das hat auch Kaskel anerkannt[58]), ohne aber seine Ansicht über die Verpflichtung zur Substratstellung fallen zu lassen. Er glaubt zu Unrecht, diese Pflicht aus § 618 BGB herleiten zu können. Diese Vorschrift besagt aber nur, daß der Arbeitgeber Räume und Gerätschaften, wenn er sie zu stellen habe, auch ordnungsmäßig stellen müsse. Bei der im wesentlichen guten Sprachtechnik des BGB wäre es ausgeschlossen, daß es eine so wichtige Verpflichtung, wie Kaskel sie konstruiert, in einen kleinen Relativsatz kleiden würde.

[55]) Zust.: Hedemann, Festschr. S. 203; Aubele, Bayr.Rpfl.Z. 1926, 39; sowie einige Gew.Gerichte: GG Berlin v. 29. 6. 22 in GKG 27, 269; GG Gera v. 20. 2. 22 in NZfA 1922, 507; GG Zweibrücken v. 31. 3. 22 in NZfA 1923, 457; a. M. Titze, JW 1922, 548; Oertmann NZfA 1922, 466; Sinzheimer, JW 1924, 942; Staudinger, Komm. § 615 II, 2 b ß; Groh, KoalR. 170 Anm. 37; Koehler NZfA 1922, 473; Buchwald, Arb.R. 1922, 257; Frank, Diss., S. 40; RGZ 106, 272.

[56]) Ebenso Dienstag, a.a.O. S. 98 ff.; a. M.: Kohler DJZ 1911, Sp. 54, der dem Schauspieler nur ein Kündigungsrecht wegen Nichtbeschäftigung gibt.

[57]) Staudinger § 611 VI; Planck § 611, 4 b; RGRK § 611, 3; Hueck, Handb. II, 84; Titze, Ehrb.Hdb. II, 2. 743; KG in JW 1923, 942.

[58]) Lehrb. S. 155.

Kaskel geht auch fehl, wenn er ferner nachzuweisen versucht, daß Mitwirkungshandlung und Substratbeschaffungspflicht in derart unvereinbarem Gegensatz zueinander stehen, daß entweder nur Annahmeverzug oder nur Leistungsverzug des Arbeitgebers vorliegen könne. In dieser Allgemeinheit trifft seine These nicht zu. Das ergibt sich z. B. aus dem Annahme-Abnahmeverzug des Käufers gemäß § 433 II BGB[59]). Richtig wäre sie nur, wenn man mit Kaskel die Leistung des Arbeitnehmers infolge des Leistungsverzuges des Arbeitgebers für unmöglich hielte.

[59]) Hierzu Dersch, Annahmeverzug; Hohenstein, Gruch. 48, 711 ff.

II. TEIL:

Außerschuldrechtliche Behandlung.

§ 7

Die personenrechtlichen Theorien.

In Abweichung von den bisher behandelten Lehren, die die Frage des Betriebsrisikos ausschließlich vom Boden des bürgerlichen Rechts aus betrachteten, sieht die moderne sog. arbeitsrechtliche Richtung die Lösung dieser Frage in der richtigen Erkenntnis bestehender Gemeinschaftsbildungen zwischen den Arbeitnehmern untereinander oder zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern.

Eine besondere Stellung nimmt in dieser Richtung die von Potthoff begründete Personenrechtstheorie ein[60]). Sie erblickt das Wesen des Arbeitsvertrages nicht wie die herrschende Meinung in den Hauptpflichten der Arbeitsleistung und Lohnzahlung, die sie nur als Nebenverpflichtungen der Parteien anerkennt, sondern in dem Herrschaftsverhältnis des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer. Sie knüpft an die von Otto v. Gierke[61]) behandelte Lehre vom Herrschaftsverband an, der zwischen mehreren Personen kraft eines personenrechtlichen Über- und Unterordnungsverhältnisses besteht. Vorbild dieses Herrschaftsverbandes ist der aus der Familie und dem Fronhof erwachsene deutschrechtliche Treudienstvertrag[62]). Ein gleichartiges Rechtsgebilde glaubt Potthoff im Arbeitsvertrage zu erkennen. Nach ihm schuldet der Arbeitnehmer kein Vermögensstück, wie ein schuldrechtlicher Vertrag es voraussetzt, sondern seine Arbeitskraft, einen Teil seiner Persönlichkeit. Dem Arbeitgeber obliegt demgegenüber die Fürsorge für die Person des Arbeitnehmers. Wegen dieser überwiegend personenrechtlichen Beziehungen habe der Arbeitsvertrag seine Stellung nicht im Schuldrecht, sondern parallel dem Familien- und Beamtenrecht im Personenrecht. Es liege kein sachliches Austauschverhältnis im Sinne des Schuldrechts, sondern ein Organisationsverhältnis vor, in dem sich Personen zu einem Arbeitsverband unter der Herrschaft des Arbeitgebers zusammenschließen. Der Arbeitgeber werde Herr der Arbeitskraft seiner einzelnen Arbeitnehmer. Er müsse daher auch gemäß dem Satze casum sentit dominus die Gefahr für ihre Verwendung tragen[63]). Infolgedessen besteht nach

[60]) Arb.R. 1922, 267 ff., 1923, 673; Einw.d.RV. S. 24.
[61]) Dtsch.Priv.R. I, 663, 697 ff.
[62]) O. v. Gierke, Wurzeln d. Dienstvertrages, S. 40.
[63]) Arb.R. 1922, 271 u. 281; dagegen: Hoeniger, JW 1922, 1704.

Potthoff in Fällen der Betriebsstockungen stets ein Lohnanspruch des Arbeitnehmers, es sei denn, daß der Hinderungsgrund in der Person des Arbeitnehmers selbst liegt. Die Vorschrift des § 616 BGB betrachtet er folgerichtig nicht als eine Ausnahmebestimmung, sondern als einen nur ausdrücklich hervorgehobenen Anwendungsfall des allgemeinen Grundgedankens casum sentit dominus. Allerdings ziehe auch hier das praktische Bedürfnis der Auswirkung des Grundsatzes Grenzen. Das BGB ziehe die Grenzen aber zu eng. Der Lohnanspruch muß nach ihm auch dann bleiben, wenn die unverschuldete Hinderung nicht gerade in der Person des Arbeitnehmers, sondern in dem Verhalten seiner Betriebs- oder Klassengenossen liege. Anders nur bei vorsätzlicher Arbeitshinderung, bei Kampfmaßnahmen. Hier rechtfertige sich aus dem Gedanken der sozialen Verantwortung und solidarischen Verbundenheit der Arbeitnehmer der Lohnausfall[64]).

Diesen Gedankengängen Potthoffs folgt Harmsen[65]). Er geht noch weiter als jener, indem er in übertriebener Ausgestaltung der Personenrechtslehre den Arbeitsvertrag schlechthin als einen modernen Treudienstvertrag ansieht. Er beschränkt in Anwendung des Solidaritätsgedankens den Lohnausfall nicht nur auf die Fälle des Arbeitskampfes, sondern wendet ihn auf alle Fälle an, in denen ein Arbeitshindernis auf Seiten des Arbeitnehmers entstanden ist.

Die personenrechtliche Lehre ist fast allgemein abgelehnt worden mit der Begründung, die personenrechtlichen Beziehungen zwischen dem Unternehmer und der Gefolgschaft seien — wenn man überhaupt von solchen sprechen dürfe — im heutigen Wirtschaftsleben von so untergeordneter Bedeutung, daß sie unmöglich einen Rechtsgrund für die Verteilung des Risikos darstellen könnten[66]). Mit dieser Begründung läßt sich jedoch die personenrechtliche Theorie nicht widerlegen. Denn es läßt sich wohl nicht bezweifeln, daß der Arbeitsvertrag, der den Arbeiter in seiner ganzen Persönlichkeit erfaßt, etwas anderes ist als die sonstigen Verträge unseres Verkehrslebens. Der Arbeitsvertrag geht in seinen Grundgedanken auf den Treudienstvertrag des alten deutschen Rechts zurück. In gewissen besonderen Pflichten und Abschattierungen finden sich dessen Merkmale im heutigen Arbeitsverhältnis wieder. Dahin gehört auf der Unternehmerseite die Fürsorgepflicht, auf der Seite der Arbeiter und Angestellten die sog. Treupflicht und Gehorsamspflicht im Rahmen des Dienstverhältnisses. Das ist übrigens, wenn auch nur in den ersten Ansätzen, unter dem Einfluß Gierke's[67]) bereits im BGB (§ 618) zum Ausdruck gekommen.

[64]) LZ 1927, 1246.
[65]) Diss. S. 60 ff.
[66]) Silberschmidt, JW 1923, 221; Nipperdey, NZfA 1925, 732; Hoeniger, JW 1922, 1704; Albers, Diss. S. 24; — zust. Philipp, Arb.R. 1926, 127.
[67]) Vgl. Gierke, Dtsch.Priv.R., S. 600.

Aber selbst wenn man diese personalrechtlichen Beziehungen anerkennt, wird man den Vertretern der Personalrechtstheorie nicht folgen können. Das personalrechtliche Band, das Unternehmer und Arbeiter im Arbeitsvertrag umschlingt, entsteht nur gelegentlich des Arbeitsverhältnisses und schafft nur — wenn auch bedeutsame — Nebenpflichten. Hauptinhalt des Vertrages sind die von den Parteien in erster Linie ins Auge gefaßten gegenseitigen Verpflichtungen zur Leistung von Vermögenswerten. Von einer völligen Abhängigkeit des Arbeiters im Sinne Potthoffs, von einem Herrschaftsverhältnis kann keine Rede sein. Folglich ist auch der römische Rechtssatz „casum sentit dominus", der grundsätzlich den Unternehmer belastet, nicht anwendbar.

§ 8

Die Lehren von der Gemeinschaft.

Während Potthoff und Harmsen allein auf Grund des Solidaritätsgedankens den Lohnanspruch in bestimmten Fällen ablehnen, ziehen andere Autoren den Gemeinschaftsgedanken nur heran, um ihre aus anderen Konstruktionen gewonnenen Ergebnisse in besonderen Fällen zu korrigieren[68]). Die Unzuverlässigkeit ihrer Lösungen zeigte sich besonders in Streikfällen, die nach bisherigem Recht erlaubt waren und daher häufig auftraten.

Im Sinne der oben[69]) behandelten dogmatischen Betrachtungsweise konnte bei einem Teilstreik der arbeitswillige Arbeitnehmer mit Recht dartun, dieses Hindernis sei nicht in seinem Herrschaftsbereich entstanden, er habe ordnungsgemäß geliefert und demzufolge seinen Lohnanspruch behalten. Da diese Konstruktion in vielen Fällen zweifellos zu einer ungerechten Verteilung des Betriebsrisikos führen mußte, ging man dazu über, die Sachlage nicht mehr vom Standpunkt des einzelnen Arbeitnehmers aus zu betrachten, sondern den einzelnen Arbeitnehmer als Teil der Gesamtbelegschaft, aus deren Mitte das Hindernis entstanden ist, zu behandeln. Dadurch hat sich der Verantwortungskreis des einzelnen Arbeitnehmers um alle die Ereignisse erweitert, die in der Gesamtheit der Arbeiterschaft ihren Grund haben. Bei Verfolgung dieses Solidaritätsgedankens zeigten sich aber in Rechtslehre und Praxis unter dem Einfluß der vielfältigen Kritik bald widersprechende Ergebnisse.

Eine Gruppe dieser Autoren faßt alle Arbeitnehmer zu einer Gemeinschaft zusammen. Ihre Anhänger meinen[70]), durch den Zusammenschluß der Arbeitnehmer zu Gewerkschaften ständen den Arbeitgebern ebenbürtige Gegner im Lohnkampfe gegenüber. Die Vorteile, die der einzelne Arbeitnehmer aus dem zwischen den

[68]) Titze, JW 1922. 550; Oertmann. Recht, 1922, 10 u. LZ 1927, 1181; Kaskel NZfA 1922, 13; Hueck, Hdb. II, 92 u. Lehrb. 200 u. a.

[69]) Oben Teil I §§ 3 u. 4.

[70]) Titze, Oertmann, Hueck a.a.O.

Tarifparteien geschlossenen Vertrage genieße, rechtfertigten auch, daß er sich die Nachteile gefallen lassen müsse, die aus der Gemeinschaft heraus, der er angehöre, entständen. Diese Richtung verneint infolgedessen im Falle des Teilstreiks den Lohnanspruch der Arbeitswilligen ohne Rücksicht darauf, ob der Streik im eigenen oder fremden Betriebe ausgebrochen ist. Andere Anhänger der Solidaritätslehre gehen jedoch nicht so weit, daß sie alle Arbeitnehmer zu einer Gemeinschaft zusammenfassen. Sie machen die Gemeinschaft von dem Vorhandensein gemeinsamer Interessen abhängig[71]). Während einige[72]) eine solche Interessengemeinschaft schlechthin in der Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft erblicken, verlangen andere[73]) ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken mit den betriebstörenden Arbeitnehmern. Läßt man außer Acht, daß die Anhänger der Solidaritätslehre mit dem Fortfall der klassenkämpferischen Gewerkschaften ohnehin ihr Hauptargument verloren haben, so war ihre Lehre aber auch nach bisherigem Recht nicht zutreffend. Die Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft rechtfertigte so wenig wie die Zugehörigkeit zu einer sonstigen Vereinigung, den Arbeitswilligen das Risiko der Lohnzahlung aufzubürden. Sie bewies in concreto noch keinesfalls, daß eine wahre Interessengemeinschaft vorhanden war. Aber auch der Nachweis des bewußten und gewollten Zusammenwirkens wäre regelmäßig nicht zu erbringen gewesen. Eine tatsächliche Vermutung hierfür mochte unter Mitgliedern einer Gewerkschaft wegen der regelmäßig vorhandenen Gesinnungsgleichheit allenfalls berechtigt sein. Eine unwiderlegliche Vermutung[74]) hierfür entbehrt jedoch jeder rechtlichen Grundlage. Richtiger erscheint der Vorschlag Molitors[75]), den Arbeitnehmern die Beweislast gegenüber diesem prima facie-Beweis aufzuerlegen.

Gegen die Solidaritätslehre ist ganz allgemein geltend zu machen, daß es eine wirtschaftliche Verbundenheit der Arbeitnehmer unter sich nicht gibt. Wohl ruht unser ganzes Wirtschaftsleben auf sozialen Verbundenheiten. Für die Frage des Betriebsrisikos kommt es aber nicht allein auf das Bestehen tatsächlicher Verbundenheiten an, sondern darauf, inwieweit das Gesetz sie anerkennt. Über das Recht der Koalitionen und Betriebsvertretungen hinaus anerkannte unser vorrevolutionäres Recht eine wirtschaftliche, d. h. vermögensrechtliche Gemeinschaft der Arbeitnehmer nicht[76]). Auch das geltende Recht kennt eine derartige Gemein-

[71]) Joerges, Schl.W. 1929, 302; Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb, S. 66 ff.; Frank, Diss. S. 61.

[72]) z. B. Buchwald, Arb.R. 1922, 257.

[73]) Hoeniger, JW 1922, 1705; Molitor a.a.O.

[74]) Hoeniger, a.a.O. 1705.

[75]) a.a.O. S. 69.

[76]) Vgl. §§ 15 ff. BRG — ebenso Herschel, Arb.R. 1923, 689; Nikisch, Grundr. S. 76; Sinzheimer, Grundr. S. 170; Frank, Diss. S. 58.

schaft nicht. Der Zusammenschluß der Arbeiter in der deutschen Arbeitsfront ist in diesem Zusammenhange ohne Bedeutung, weil jene keine Kampforganisation gegenüber den Unternehmern darstellt, sondern Unternehmer und Arbeiter, d. h. alle schaffenden Deutschen umfaßt. Koalitionen im alten Sinne gibt es nicht mehr.

Eine andere als die bisher erörterte Gemeinschaftstheorie ist die des Reichsgerichts. Anknüpfend an die Bestimmungen des Betriebsrätegesetzes, die eine Verbundenheit zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer eines Betriebes begründen[77]), gelangt es zu dem Gedanken der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft. Diesen Gedanken hat das Reichsgericht zum ersten Mal in dem vielbesprochenen Urteil vom 6. Februar 1923 für den Fall des Teilstreiks angewandt[78]). Dort verwarf es für die Entscheidung der Risikofrage sämtliche aus dem BGB hergeleiteten Theorien. Man dürfe nicht mehr von dem veralteten individualistischen Standpunkt des BGB ausgehen, der den veränderten sozialen Verhältnissen zu wenig Rechnung trage, sondern müsse die sozialen Verhältnisse berücksichtigen, die sich seither entwickelt und in der neuesten Gesetzgebung ihren sozialen Niederschlag gefunden hätten. Hier ständen sich nicht allein der Arbeitgeber und der einzelne Arbeitnehmer als Vertragsgegner gegenüber, sondern zwei Wirtschaftsgruppen, das Unternehmertum und die Arbeiterschaft. Diese beiden bildeten aber nicht allein zwei Gegenspieler im Wirtschaftskampf, sondern seien zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen. Der einzelne Arbeitnehmer sei jetzt ein lebendiges Glied der Arbeitsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft. Er sei durch die Betriebsvertretung der Arbeiterschaft zur Mitwirkung an der Betriebsleitung berechtigt. Diesen Rechten ständen naturgemäß auf der anderen Seite erweiterte Pflichten gegenüber, vor allem Mittragung der Verantwortlichkeit für den Betrieb. Das aber bedeute Verpflichtung zur Tragung eines Teiles des Betriebsrisikos. Sie werde insbesondere da wirksam, wo die Betriebsstörung durch die Arbeitnehmerschaft oder einen Teil derselben verursacht sei.

Wenn auch der Versuch des Reichsgerichts, sich von der starren Dogmatik des BGB freizumachen, vereinzelt Anklang gefunden hat[79]), so ist das Ergebnis doch allgemein auf lebhaften Widerspruch gestoßen[80]). Es ist richtig, daß es eine Verbundenheit der Arbeiter mit dem Betrieb gibt. Unternehmer und Arbeiter sind schicksalsmäßig mit dem Betrieb als dem ihnen übergeordneten größeren Wirtschaftsbegriff verbunden. Das bewirkt gleichzeitig

[77]) Vgl. § 66 BRG; in Kraft bis 1. V. 1934.
[78]) RGZ 106, 272 — vgl. auch RGZ 107, 244 u. 113, 87.
[79]) Potthoff, Arb.R. 1923, 673.
[80]) Buchwald, Arb.R. 1922, 257; Sinzheimer, JW 1923, 832 u. 942; ders. Arb.R. 1929, 223; Herschel, Arb.R. 1923, 681; Philipp, Arb.R. 1926, 127; Molitor, Arbeitn. u. Betr. 66; Nörpel, Arb.R. Prax. 1928, 194 u. Arb.R. 1926, 99; Neumann, Arb.R.Prax. 1928, 219; Vollbrecht, Arb.R. 1926, 767.

eine natürliche Gemeinschaft zwischen dem Unternehmer und den Arbeitern. Ist eine solche Schicksalsgemeinschaft zunächst nur etwas tatsächlich Gegebenes ohne gewollte Rechtsfolgen, so führt sie naturnotwendig allerdings auch dazu, daß die gegenseitigen Rechte und Pflichten der beiden Seiten eine andere Klangfarbe erhalten. Deren Ton wird im Hinblick auf die beide Seiten angehende Erhaltung des Betriebes wärmer. Rechte und Pflichten dürfen nicht zu eng, zu einseitig ohne Rücksicht auf das Ganze umgrenzt werden. Eine solche Betriebsgemeinschaft meint aber das Reichsgericht in seinen Ausführungen nicht. Sie hat als etwas Naturgegebenes immer bestanden. Das Reichsgericht hat aber eine Gemeinschaft im Auge, die infolge veränderter sozialer Verhältnisse und auf Grund der jüngeren sozialen Gesetzgebung entstanden sein soll. Das ist eine Gemeinschaft anderer Art. Die Konstruktion des Reichsgerichts läuft auf eine Vermögensgemeinschaft zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber hinaus. Eine solche findet aber im geltenden Recht keine Stütze. Nach bisherigem Recht gewährten die Vorschriften des Art. 165 RV und das Betriebsrätegesetz dem Arbeitnehmer das Recht, Betriebsräte zu wählen und damit weitgehend in der Verwaltung des Betriebes mitzuwirken. Damit war ihnen nicht nur die Wahrnehmung der sozialen und wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer gestattet, sondern sie sollten im Interesse des Betriebes ebenfalls an der Leitung teilnehmen. Insoweit hat das Reichsgericht recht, wenn es von einer Gemeinschaft zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber spricht. Inwieweit in den einzelnen Betrieben eine solche Verwaltungsgemeinschaft praktisch geworden ist, mag dahingestellt bleiben. De lege lata bestand sie und besteht sie auch noch bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit. Anders jedoch in vermögensrechtlicher Beziehung. Eine derartige Gemeinschaft hätte nicht nur eine Beteiligung des Arbeitnehmers am Risiko, also am Verlust, sondern auch am Gewinn zur Voraussetzung. Derartige Unternehmungen sind ideal, aber selten[81]). Neuerdings begegnet man vereinzelt dem Versuch, eine Gewinnbeteiligung der Arbeiter in der Form der Abgeltung besonderer Leistungen von Arbeitern, die sich um das Unternehmen verdient gemacht haben, durchzuführen. So hat z. B. die Portland-Zementfabrik Hemmor (Oste) beschlossen, den im Gewinnjahr 1934 tätigen Arbeitern einen Gewinnanteil von 25.— RM. für jedes Prozent Dividende auszuzahlen. Das entspricht sicherlich dem Sinne des neuen Arbeitsgesetzes, das das Leistungsprinzip in den Vordergrund stellt. Aber ohne weiteres, etwa aus der Gemeinschaft im Betriebe, entsteht dieses Recht auf Gewinnbeteiligung nicht.

Das Reichsarbeitsgericht folgt den Ausführungen des Reichsgerichts und verteidigt dessen Lehre gegen ihre Gegner[82]). Den

[81]) So z. B. Zeißwerke in Jena.

[82]) Zuerst in dem Urteil v. 28. 6. 28 — RAG 2, 74.

Einwand, daß eine Mitverantwortlichkeit der Arbeitnehmer für den Betrieb mangels einer vermögensrechtlichen Mitberechtigung der Arbeitnehmer nicht gerechtfertigt sei, tut es damit ab, daß eine Berechigung der Arbeitnehmer in vermögensrechtlicher Hinsicht auch gar nicht erforderlich sei. Denn diese Nichtberechtigung wirke sich dahin aus, daß der Gefahrenkreis der Arbeitnehmer auch nur ein beschränkter sei. Der Umfang der Verantwortlichkeit der Arbeitnehmer werde nicht aus § 323 BGB selbst hergeleitet, sondern aus dem in dieser Vorschrift enthaltenen Rechtsgedanken, daß „die Folgen von Ereignissen, die eine Betriebsstörung verursachen, den treffen, der diese Ereignisse zu vertreten hat. Zu vertreten hat aber jeder Teil nicht nur sein Verschulden, sondern auch alles, was in den Kreis der von ihm zu tragenden Gefahr fällt. Ob diese dem einen oder anderen Teil zur Last zu legen ist, wird in letzter Linie aus § 242 BGB unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nach den Umständen des Falles zu entscheiden sein."

Dem Reichsarbeitsgericht sind die gleichen Einwendungen entgegenzuhalten, die schon gegen das Reichsgericht vorgebracht worden sind. Das Reichsarbeitsgericht geht augenscheinlich ebenfalls von einer entscheidenden Mitwirkungsbefugnis der Arbeitnehmer — sei es durch die Betriebsvertretung, sei es durch die Standesorganisationen — aus, weil es darauf die vermögensrechtliche Mitverantwortung der Arbeitnehmer gründen will. Der Einfluß der Arbeitnehmer auf die Wirtschaftsführung steht jedoch zumeist nur auf dem Papier oder aber ist derartig gering, daß dem Unternehmer die Freiheit seiner Entschließung, insbesondere seine vermögensrechtliche Verfügung über den Betrieb praktisch völlig erhalten geblieben ist[83]). Auch in den Eigentumsverhältnissen am Betriebe, deren Verschiebung allenfalls eine Verteilung des Risikos rechtfertigen könnte, hat sich keine Änderung vollzogen[84]). Der Betrieb gehört nach wie vor dem Unternehmer. Diese Rechtslage wird heute schärfer als früher durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit gekennzeichnet.

Auch die Verteilung des Betriebsrisikos nach Gefahrenkreisen, wie das Reichsarbeitsgericht sie vornimmt, beruht nicht auf einem rechtlich einheitlichen Gesichtspunkt. Wenn es in seinen praktischen Ergebnissen auch im wesentlichen das Richtige trifft, stellt die rechtliche Konstruktion doch einen Rückschritt dar. Sie kommt dem bereits behandelten[85]) von Oertmann vertretenen Grundsatz der Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäfts- und Betriebskreis nahe. Die gleichen Gesichtspunkte, die gegen jene Lehre vorzubringen sind, lassen sich auch hier anführen: Alle Versuche, das betriebsstörende Hindernis in den einen oder anderen Gefahrenkreis einzureihen, müssen notwendigerweise willkürlich sein. Daran

[83]) Sinzheimer, Arb.R. 1929, 223.
[84]) a.M.: Flatow, BRG S. 17.
[85]) Oben § 5 S. 23 ff.

ändert auch die Tatsache nichts, daß das Reichsarbeitsgericht wie folgt Richtlinien aufstellt, an Hand deren in concreto die Abgrenzung erleichtert werden soll[86]):

„Allgemeine, auf jeden Fall passende Grundsätze hierfür lassen sich bei den zahlreichen und immer wieder verschiedenen Möglichkeiten nicht aufstellen. Immerhin ergeben sich aus dem schon erwähnten Gesichtspunkt der Betriebsverbundenheit Richtlinien, von denen bei der Beurteilung einzelner Fälle ausgegangen werden kann. Aus der Verbundenheit der Arbeitnehmer untereinander ergibt sich, daß die Gefahr solcher Ereignisse, die auf dem Verhalten der Arbeitnehmerschaft selbst beruhen, von den Arbeitnehmern, auch soweit sie an ihnen nicht beteiligt sind, getragen werden muß. Hierher gehört der vom RG 106, 272 behandelte Fall des Teilstreiks.

Die Verbundenheit der Arbeitnehmer mit dem Betriebe bedingt, daß sie regelmäßig solche Ereignisse mittreffen, die nicht nur die Führung des Betriebes, sondern dessen Bestand beeinträchtigen, den Betrieb vernichten oder auf längere Zeit lahmlegen. Hierhin gehören insbesondere Umstände, die von außerhalb auf ihn einwirken, wie z. B. Naturereignisse oder fremde Gewalt.

Andererseits werden in der Regel in die Rechtssphäre des Arbeitgebers fallen und von ihm zu vertreten sein Ereignisse, die nicht den Bestand des Betriebes, sondern seine Führung treffen, in sie eingreifen. Er wird unter anderem dafür einzustehen haben, daß rechtzeitig ausreichende Betriebsstoffe beschafft werden, er wird auch Störungen, die im allgemeinen oder unter den besonderen Verhältnissen des Betriebes öfters vorzukommen pflegen, tragen müssen, insofern er sie, wenn auch nicht vermeiden, so doch von vornherein in Rechnung stellen kann."

Die vom Reichsarbeitsgericht gemachte Unterscheidung zwischen Ereignissen, die den Bestand und die Führung des Betriebes betreffen, ist nicht sehr glücklich. Damit werden wieder eine Anzahl unbestimmter Begriffe in die Streitfrage hineingetragen. Ein Widerspruch liegt darin, daß das Reichsarbeitsgericht Ereignisse, die die Führung des Betriebes betreffen, nur dem Arbeitgeber zur Last legt, während es andererseits auf Grund der angeblichen Betriebsgemeinschaft eine Mitleitungsbefugnis und daraus folgend eine Mitverantwortlichkeit der Arbeitnehmer konstruiert. Hier zeigt sich ganz deutlich, wie das höchste Gericht allmählich[87]) den Gedanken der anfangs so heftig verfochtenen Betriebsgemeinschaft hinter allgemeinen, aus § 242 BGB folgenden Erwägungen zurücktreten läßt[88]). Daraus läßt sich aber ein rechtlich einheitlicher Gesichtspunkt nicht gewinnen[89]). Ein Fortschritt liegt zweifellos darin,

[86]) Bensh.Sammlg. II, 116.
[87]) Vgl. z. B. Bensh.Sammlg. V, 41, 110; VII, 415 und RAG VII. 1.
[88]) So Enneccerus-Lehmann § 144 III S. 484.
[89]) So auch Joerges, Arb.R. u. Schl. 295; Sinzheimer, Arb.R. 1919, 223.

daß das Reichsarbeitsgericht es vermeidet, nach Art früherer Theorien das Risiko aus unvorhergesehenen Ereignissen, vor allem in Fällen höherer Gewalt, von vornherein einer bestimmten Partei aufzubürden[90]). Es macht seine Entscheidung von der Einwirkung des Ereignisses auf den Bestand des Betriebes und von der Möglichkeit des Unternehmers, Vorkehrungen gegen solche Einwirkungen zu treffen, abhängig. Betrachtet man aber die Ergebnisse der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts genauer, so zeigt sich — worauf unten noch näher einzugehen sein wird —, daß hier unausgesprochen ein völlig anderes Prinzip, nämlich das der Haftung bis zur höheren Gewalt, seinen Ausdruck gefunden hat.

[90]) Vgl. das sog. generelle Betriebsrisiko früherer Lehren.

III. TEIL:

Betriebsrisiko und Schuldhaftung.

§ 9

Die Vertretungssphäre des Reichsarbeitsgerichts.

Wenn das Reichsarbeitsgericht in scheinbarer Anlehnung an die bereits früher behandelten Billigkeits- und Sphärentheorien zu einer Art geläuterten Sphärentheorie[91]) gelangt, muß man sich darüber klar sein, daß es seinen Gedankengängen ein völlig anderes Prinzip zu Grunde legt, als jene Theorien es enthalten. Während jene einseitig danach fragten, ob dem Gläubiger angesichts eines betriebsstörenden Ereignisses eine Mitwirkung noch zuzumuten war, oder rein örtlich den Ursprung des fraglichen Ereignisses in dem Herrschaftsbereich des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers suchten, spricht das Reichsarbeitsgericht von einer Vertretungssphäre der Parteien. Danach treffen Folgen von Betriebsstörungen den, der diese Ereignisse zu vertreten hat. Zu vertreten habe aber jeder Teil nicht nur sein Verschulden, sondern alles, was in den Kreis der von ihm zu tragenden Gefahr falle. Den Begriff der Vertretungspflicht des Unternehmers umschreibt das Reichsarbeitsgericht noch genauer: „Die Vertretungspflicht des Unternehmers seinen Arbeitern gegenüber ist nicht an ein etwaiges Verschulden im Sinne des bürgerlichen Rechts gebunden, sondern umfaßt darüber hinaus, der Natur des Betriebes, den Aufgaben der Betriebsleitung und dem Rechtscharakter der Betriebsverbundenheit entsprechend häufig auch andere, nicht unter den zivilrechtlichen Schuldbegriff fallende Tatbestände[92])." Hier wird also der Unterschied zwischen dem „Verschulden" und einer außerhalb des Verschuldens liegenden Vertretungssphäre hervorgehoben. Das Reichsarbeitsgericht sagt ausdrücklich, die Vertretungspflicht umfasse auch andere Tatbestände. In erster Linie umfaßt sie demnach den zivilrechtlichen Tatbestand des § 276 BGB, Vorsatz und Fahrlässigkeit. Hierbei ist nun zu beachten, daß es nicht allein auf die Prüfung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ankommt, sondern daß die gebotene Sorgfalt, wie das Reichsarbeitsgericht richtig erkannt hat[93]), die „betriebsgebotene Sorgfalt" sein muß. Der Unternehmer hat Betriebsstörungen „durch sachgemäße Geschäftsführung und zweckentsprechende Einrichtungen möglichst hintan zu halten." Welche Sorgfalt nun durch den Betrieb geboten ist, worin

[91]) Claren, Die Frage des sog. Betriebsrisikos, § 10.
[92]) RAG vom 8. II. 30 Bensh.Sammlg. Bd. 8 S. 407.
[93]) Vgl. Hueck in Bensh.Sammlg. Bd. 8 S. 407 (412) Anm.

im einzelnen eine sachgemäße Geschäftsführung zu sehen ist und welche Einrichtungen zweckmäßig zur Vermeidung von Betriebsstörungen zu treffen sind, wird zu verschiedenen Zeiten, unter anderen Verhältnissen stets verschieden beantwortet werden. Der Begriff der Sorgfaltspflicht ist zeitgebunden. Was früher als verkehrsmäßige Sorgfalt gegolten haben mag, genügt heutigen Anforderungen nicht mehr, weil der Betrieb ein anderes Maß von Sorgfalt und Voraussicht verlangt.

Dieser Wandel in dem Begriff der anzuwendenden Sorgfalt beschränkt sich nicht allein auf die Betriebssorgfalt. Vielmehr hat sich allgemein der Grad des Verschuldens, für den der einzelne einstehen muß, im Laufe der Rechtsentwicklung und besonders im letzten Jahrhundert außerordentlich gewandelt. Je entwickelter das Rechtsempfinden, umso feiner ist der Schuldbegriff. Unser Gesetz spricht nur von Vorsatz, grober und leichter Fahrlässigkeit. Wer will, mag auch von leichtester und allerleichtester Fahrlässigkeit sprechen (vgl. die levissima culpa des gemeinen Rechts!). Für alle Grade leichter Fahrlässigkeit gilt mangels besonderer Vorschriften das allgemeine Verschuldensrecht. Dieser Gesichtspunkt, daß die Frage der Haftung wegen Verschuldens nicht unter dem starren Gesichtspunkt des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit im althergebrachten Sinne betrachtet werden darf, ist bei der Behandlung des Betriebsrisikos niemals hinreichend berücksichtigt worden. Zum richtigen Verständnis dieser Tatsache ist es nötig, die Entwicklung des Verschuldensbegriffes in unserem Rechtsleben kurz zu umreißen. Dabei wird es sich zeigen, daß unser Problem eine große Ähnlichkeit mit der sog. Gefährdungshaftung, hinter der sich häufig eine Art Verschuldungshaftung verbirgt, aufweist und auch einer ähnlichen Behandlung bedarf.

§ 10

Die Entwicklung der Schuldhaftung zur sog. Gefährdungshaftung.

Nach alter primitiver Rechtsanschauung sind Straf- und Zivilrecht nicht getrennt. Das Verschulden gilt noch nicht als Voraussetzung für eine Haftung. Nicht Wille und Absicht, sondern die Tat allein, der Erfolg ist entscheidend. „Die Tat tötet den Mann." Dieser Grundsatz entspricht dem Geisteszustand eines Volkes, das noch auf einer vorintellektuellen Stufe der Kultur steht. Nach der Scheidung von Straf- und Zivilrecht entwickelt sich aus der Erkenntnis heraus, daß die peinlich genaue Anwendung der Talion das strenge Recht ad absurdum führt, und nicht zuletzt auch unter dem Einfluß des kirchlichen Sündenbegriffs, zunächst im Strafrecht das Schuldprinzip.

Unter dem Einfluß des römischen Rechts[94]) dringt auch im deutschen Recht der privatrechtliche Satz durch: ohne Verschulden kein

[94]) Lex Aquilia 287 a.Chr.n.

Schadensersatz. Vor der Rezeption beherrschte die Erfolgshaftung das private Schadensersatzrecht. Im Sachsenspiegel ist absichtslose Missetat, Ungefährwerk straflos, verpflichtet aber zivilrechtlich[95]). Nach der Rezeption verdrängte die römische Schuldhaftung völlig die deutsche Schadenshaftung[96]). Seither gilt nahezu uneingeschränkt Iherings berühmtes Wort: „Nicht der Schaden verpflichtet zu Schadensersatz, sondern die Schuld"[97]. Es genügt also nicht, daß ein schadenstiftendes Ereignis einem bestimmten Lebenskreise entstammt, um dem Herrscher dieses Lebenskreises für den entstandenen Schaden die Verantwortung aufzubürden, sondern es muß die subjektive Beziehung, die Schuld, hinzukommen. Fehlt die Schuld, so muß die Verantwortlichkeit entfallen, und der Schaden ist wie der, den der Hagel angerichtet hat, ein Naturereignis, dessen nachteilige Folgen derjenige zu tragen hat, den sie treffen.

Die Entwicklung des Rechtslebens hat aber gezeigt, daß von dem überkommenen Schuldprinzip gewisse Schädigungstypen nicht erfaßt werden, weil, gemessen an dem gebräuchlichen und überlieferten Schuldbegriff des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, ein Verschulden des Urhebers solcher Schäden nicht feststellbar ist[98]). Das hat dazu geführt, daß in der Wissenschaft das Schuldprinzip angegriffen und als für jene Fälle unbrauchbar bezeichnet wurde. Man glaubte in gewissem Umfange wieder das alte Verursachungsprinzip als allgemein gültiges Haftungsprinzip neben der Verschuldenshaftung aufstellen zu müssen. Zahlreich sind die Versuche der Anhänger dieser modernen Erfolgshaftung, ein einheitliches Prinzip für diese Haftung aufzustellen. Sjögren legt das Hauptgewicht auf die „Kausalität des Willens"[99]). Nur dann lasse sich eine Verantwortlichkeit für Schäden begründen, wenn ihr spezifischer Charakter darin besteht, daß sie „hinsichtlich ihrer causa efficiens und ihrer causa finalis in dem Willen des Schadensstifters ihr Prinzip hat". Abgesehen von der Unklarheit dieses Begriffes kommt Sjögren mit seinem Finalitätsmoment im Endergebnis ungefähr auf das Prinzip des „aktiven Interesses", das Adolf Merkel und ihm folgend sein Sohn Rudolf Merkel[100]) vertreten: Jeder soll für den Schaden, den sein aktives Handeln zur Wahrung seiner eigenen und unter Gefährdung fremder Interessen erzeugt, verant-

[95]) Vgl. Ssp. II Art. 65 § 1 u. a. — Siehe auch lex Salica 24 § 5.

[96]) Auch das französische Recht verlangt grundsätzlich Verschulden. (C. c. art. 1382). Das englische Recht dagegen ist in seinem Vertragsrecht der germanischen Schadenshaftung treu geblieben. Befreiend wirken höchstens act of God (höhere Gewalt) or the Kings enemies. Für Gott, Parlament und Feinde ist man nicht verantwortlich. (Jenks, The Book of English Law, London 1932; Schirrmeister-Prochownik, Das Bürgerl. Recht Englands, 1929, II, 544, I, 604).

[97]) Ihering, Schuldmomente, S. 199.

[98]) z. B. Schädigungen aus dem Betriebe neuzeitl. Verkehrsmittel.

[99]) Iher.J. 35, 343.

[100]) Jur.Enczkl. §§ 692—708 und Kollision pp. S. 164.

wortlich sein. Damit verwandt ist das Prinzip von Unger: eigenes Interesse, eigene Gefahr[101]).

Die Unhaltbarkeit dieser Standpunkte hat Max Rümelin nachgewiesen[102]). Das ihnen allen innewohnende Kommodumprinzip ist wohl als ein Maßstab für eine dem Rechtsgefühl entsprechende Schadenszurechnung brauchbar, als allgemeiner Haftungsgrund kommt es aber nicht in Frage. Hierzu müßten noch andere bedeutsame Momente hinzutreten.

Dieser Umschwung in der Wissenschaft zu Gunsten einer sog. modernen Erfolgshaftung hat seine Parallele in der Entwicklung der Gesetzgebung. Das Zeitalter des Verkehrs hat eine Steigerung früher nicht bekannter Gefahren gebracht. Zunächst war die Gesetzgebung keineswegs gesonnen, diese Gefahren in Schadensersatzpflicht umzusetzen. Man sah kein Verschulden und wollte daher auch nicht hemmend in die zur Verkehrsentwicklung erforderliche Freiheit eingreifen. Es herrschte die Vorstellung, daß man sich unbekümmert bis an die Grenze der culpa gehen lassen dürfe. Wobei man den culpa-Begriff nach alter Denkweise als etwas Festumrissenes, Unwandelbares ansah. Erst die neuzeitlichen Gesetze haben hier eine Wandlung geschaffen und sind der Fortbildung des Rechts im Sinne einer verschärften Haftung gerecht geworden. Dabei kann es allerdings sehr zweifelhaft sein, ob nicht weniger der Gedanke einer Verfeinerung des Verschuldensbegriffes als vielmehr einer Rückkehr zu dem deutsch-rechtlichen Verursachungsprinzip für sie leitend gewesen ist. Bei diesen Gesetzen haben wir besonders zu denken an die Regelung der Gefährdungshaftung der Eisenbahnen nach dem Reichshaftpflichtgesetz (§ 1), des Automobil- und Flugzeughalters nach § 7 des Kraftfahrzeuggesetzes und nach § 19 des Luftverkehrsgesetzes.

Diese gesteigerte Haftung deckt sich aber keineswegs mit der altdeutschen Erfolgshaftung. Denn ein solches Haftungsprinzip gilt ohne jede Rücksicht auf irgendein Verschulden. Unser geltendes Recht dagegen setzt grundsätzlich für jede Haftung Verschulden voraus. Erst wo keinerlei Grad von Verschulden zu erblicken ist, kann die Frage auftauchen, ob dennoch weiterhin die Voraussetzungen für eine Haftung allein aus dem Gesichtspunkt der Gefährdung gegeben sind.

Wenn auch die Einrichtung gefährlicher Betriebe, die mit gewissen und nach der Art des Betriebes voraussehbaren Schäden verbunden sind, wegen der wirtschaftlichen Notwendigkeit solcher Betriebe noch keine rechtswidrige Verschuldenshandlung darstellt, liegt darin doch bereits der Grund für eine erhöhte, über die verkehrsnotwendige Sorgfalt hinausgehende Betriebssorgfalt des Unternehmers. Deren Verletzung bildet den eigentlichen Haftungsgrund zahlreicher Schadensfälle, die gemeinhin nur unter dem Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung behandelt werden.

[101]) Iher.J. 33, 299.
[102]) Gründe, S. 28 ff.

Sehr zu unrecht eigentlich spricht man also heute von einer verschärften Haftung im Gegensatz zu früher. Die Haftung war im Prinzip immer die gleiche, nur hat man früher die verfeinerte Form des Verschuldens nicht erkannt. Die Entwicklung der modernen Gefährdungshaftung, die den Unternehmer eines gefährdenden Betriebes scheinbar ohne Verschulden haften läßt, ist nur aus der Beweisnotlage heraus zu verstehen, in die man angesichts der kaum wahrnehmbaren Schuld gelangt ist. Man wollte dem Beschädigten den Beweis des Verschuldens im Einzelfall ersparen, indem man entweder nur dem Schadensverursacher den Gegenbeweis offen ließ, daß ihn kein Verschulden treffe, also bei eingetretenem Schaden die Schuld vermutete; oder indem man noch weitergehend dem Schädiger zu seiner Entlastung nur den Beweis ganz besonderer Umstände offen ließ, wie sog. höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Beschädigten. Wenn demnach auch zur Klagbegründung die Darlegung des Verschuldens des Schädigers nicht erforderlich ist, beruht die Haftung letztlich dennoch auf dem Verschuldensprinzip[103]).

Wir haben also gesehen, daß das Verschuldensprinzip im Laufe des letzten Jahrhunderts nicht so sehr an Geltung verloren hat, wie zumeist angenommen wird. Es ist vielmehr durch eine innerliche Durchbildung bereichert worden. Schon für solche Ereignisse, die sich in seinem Herrschaftsbereich entwickelt haben, d. h. die er voraussehen konnte, muß ein Unternehmer eintreten, auch wenn er sie nicht fahrlässig im herkömmlichen Sinne verursacht hat. Wir haben es hier mit einer erweiterten Vertretungssphäre zu tun, die jedoch nicht einen Gegensatz zu dem bekannten bürgerlich-rechtlichen Begriff des Vertretens darstellt, sondern ebenfalls auf einer subjektiven Voraussetzung, nämlich der Vorwerfbarkeit beruht.

Der Gedanke der verfeinerten Schuldhaftung ist das wesentlichste Element in unserer modernen Risikohaftung. Es ist aber nicht das einzige. Auch den durch Zufall entstandenen Schaden muß billigerweise der Unternehmer des gefährdenden Betriebes tragen. Er hat zu seinem eigenen Vorteil den Betrieb eröffnet. Und dadurch, daß er mit dem Betrieb einen Kreis typischer Betriebsgefahren eingerichtet hat, hat er bewußt dem Zufall Gelegenheit gegeben, Schäden anzurichten. Die Möglichkeit derartiger Schäden war ihm nicht nur bekannt, er hat sie sogar erwartet, er hat sie mit in Kauf genommen. Sie bedeuten für ihn einen Teil des Geschäftsaufwandes[104]). Er kann und wird diese Schäden in die Betriebskosten einkalkulieren. Oder aber er kann sich durch Versicherung gegen diese Schäden decken. Und gerade weil er diese Maßnahmen treffen kann, wird er den Schaden regelmäßig leichter tragen können als der unvorbereitet Beschädigte.

[103]) Ebenso Zachariae-Crome II §§ 416, 418 Anm. 5; Foerster-Eccius, 1896, I S. 555; Jung, Iher.J. 69, 131 ff.

[104]) Vgl. Jung, Bürg.R. S. 775.

Diese Fälle der reinen Risikohaftung sind aber weit seltener als gemeinhin von den Vertretern der Gefährdungshaftung angenommen wird, weil eben in vielen Fällen die Haftung sich auf ein verfeinertes Verschulden begründen läßt. In allen Fällen aber hat die Haftung ihre Grenze dort, wo höhere Gewalt, eigenes Verschulden des Beschädigten oder ein unabwendbares Ereignis den Schaden herbeigeführt haben.

§ 11

Das Prinzip der Haftung bis zur höheren Gewalt beim Betriebsrisiko.

Betrachtet man nun die Fälle des Betriebsrisikos neben denen der sog. Gefährdungshaftung, so wird es klar, daß sie eine ähnliche Rechts- und Interessenlage aufweisen. Freilich führt der Arbeitgeber keinen Betrieb, der, wie es bei Eisenbahn, Kraftfahrzeug usw. der Fall ist, besonders häufig Personen- oder Sachschaden verursacht. Die Analogie tritt darin zutage, daß das betriebsstörende Ereignis dem Arbeiter die Arbeitsmöglichkeit und den Lohn entzieht und in der Rechts- und Betriebssphäre des Unternehmers entstanden ist, auf die der Arbeiter keinen Einfluß hat. Genau so wie bei der sog. Gefährdungshaftung der Haftungsgrund darin zu erblicken ist, daß er durch seinen Betrieb einen Gefahrenkreis für Dritte schafft und damit den Eintritt generell voraussehbarer Schäden ermöglicht, hat der Arbeitgeber typische, d. h. voraussehbare Betriebsstörungen zu vertreten. Ebenso wie in vielen Fällen der Gefährdungshaftung der Unternehmer nur bis zur höheren Gewalt haftet[105]), kann aber auch der Arbeitgeber nicht für Zufall, der auf höherer Gewalt beruht, haften.

Das Prinzip der Haftung des Arbeitgebers bis zur höheren Gewalt bildet den Kernpunkt der Gedankengänge des Reichsarbeitsgerichts. Aus seinen Richtlinien, die zwischen Ereignissen unterscheiden, die die Betriebsführung und solchen, die den Bestand des Betriebes betreffen, ist dieses Haftungsprinzip allerdings nicht zu erkennen. Überschaut man jedoch die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts zum Betriebsrisiko in ihrer heutigen Gestalt, so ergibt sich als Endfeststellung, daß darin eine reine Haftung des Arbeitgebers bis zur höheren Gewalt ausgebildet ist. Damit hat eine Haftung, die im geltenden Recht ihre eigentliche Bedeutung nur im Schadensersatzrecht hat, hier als vertragliche gegenüber dem Arbeiter, und zwar im Rahmen der Unmöglichkeit der Dienstleistung, nicht des Schadensersatzes, Bedeutung erlangt.

Unter dem früher sehr umstrittenen Begriff der höheren Gewalt[106]) versteht man den „unabwendbar äußeren Zufall" oder nach

[105]) Haftpfl.Ges. § 1; HGB § 456; Kraftfahrz.Ges. § 7.

[106]) Grünhut, Arch.W.R. 4, 122; Exner in Grünh.Z. 10, 497; Karl Brunner, Die Haftung nach bürgerlichem R. und die höhere Gewalt, 1904.

Staub[107]) ein Ereignis, „das von außen auf den Betrieb einwirkt, das auch bei Anwendung aller zuzumutenden Vorkehrungen nicht zu verhindern ist und das als außergewöhnlich anzusehen ist", dessen Eintreten auch nicht konkret voraussehbar ist[108]). Auf diese Merkmale der höheren Gewalt stellt das Reichsarbeitsgericht in zweifelhaften Fällen des Betriebsrisikos seine Entscheidung ab[109]). Danach kommt es darauf an, ob es sich um ein Hindernis innerhalb des Betriebes handelt, das der Arbeitgeber voraussehen und in seine Kalkulation einstellen konnte und mußte, oder ob ein von außen kommendes ganz ungewöhnliches Ereignis vorliegt, das mit diesem bestimmten Betriebe in keinem Zusammenhang steht. Der Arbeitgeber soll nur für die normalen spezifischen Betriebsgefahren haften.

In der Entscheidung vom 15. XII. 1928[110]) verwendet das Reichsarbeitsgericht ausdrücklich den Begriff der höheren Gewalt. In diesem Fall war eine Betriebsstockung eingetreten durch Versagen des Fabrikwasserkraftwerks, das durch das außergewöhnliche Sinken des Spiegels des Geestemünder Hafens infolge anhaltenden Ostwindes zum Erliegen kam. Hier wird eine Haftung des Arbeitgebers dann angenommen, wenn Störungen „durch Umstände" eintreten, „die die Betriebsleitung in Rechnung ziehen und denen sie zu begegnen allgemein bestrebt sein muß." „Wenn aber, wie es hier zutrifft, ein gänzlich unvorhersehbares, im Werftbetrieb noch nicht vorgekommenes und durch irgend zumutbare Maßnahmen nicht vermeidbares Ereignis den Betrieb der Kraft- und Lichtzufuhr beraubt, so würde es Treu und Glauben nicht entsprechen, daß der durch höhere Gewalt lahmgelegte Betrieb auch die Lohnkosten der klagenden Arbeiter tragen müßte". Mit dieser Konstruktion lehnt sich das Reichsarbeitsgericht in Ausgestaltung einer verschärften Haftung des Unternehmers an den alten Rechtsbegriff der Haftung für Zufall bis zur höheren Gewalt an.

Die genannte Entscheidung ist für unsere Lösung in doppelter Hinsicht von Interesse. Zunächst zieht sie eine scharfe Grenze zwischen den Voraussetzungen, die eine Haftung des Unternehmers begründen, und denen, die zusammengefaßt als höhere Gewalt zu betrachten sind und daher den Unternehmer von einer Zahlungspflicht befreien. Sie bestimmt damit die Grenzlinie, bis zu der äußersten Falles eine Haftung des Arbeitsgebers in Frage kommen darf. Sodann bringt das Reichsarbeitsgericht in dieser Entscheidung aber auch einen Gedanken, der auf das subjektive Moment in dieser Haftung des Unternehmers hinweist. Es spricht nämlich von Umständen, „die die Betriebsleitung in Rechnung ziehen und denen sie zu begegnen allgemein bestrebt sein muß". Es ist freilich nicht

[107]) Komm. Bd. IV, § 456 Anm. 7 a.
[108]) Vgl. auch RGZ. 64, 405; 95, 66.
[109]) So u. a. Bensh.Sammlg. V, 38, 41, 110; VII, 415.
[110]) Bensh.Sammlg. V, 39; ferner auch VII, 415; VIII, 261.

anzunehmen, daß das Reichsarbeitsgericht mit diesen Worten ein subjektives Moment der Vorwerfbarkeit und Zurechenbarkeit als Haftungsvoraussetzung konstruieren will. Denn es spricht mehrfach davon, daß wir es hier mit einer über die Verschuldenshaftung hinausgehenden strengeren Haftung zu tun haben. Das Reichsarbeitsgericht will mit dem obigen Satz offenbar nur den Haftungsbereich des Arbeitsgebers objektiv umreißen: Treten Umstände durch Störungen auf, auf die sich sein Aufgabenkreis erstreckt, so soll er haften. Andererseits liegt in diesen Worten aber auch ein subjektives Moment: Der Arbeitgeber hätte mit diesen normalen Betriebsgefahren rechnen, er hätte ihnen begegnen müssen. Die typischen Voraussetzungen dieser Betriebsgefahren (Häufigkeit, Voraussehbarkeit, Abwendbarkeit durch zumutbare Mittel und die Notwendigkeit, mit solchen Ereignissen zu rechnen) ermöglichen dem Unternehmer eine Einwirkung auf sie. Ist der Arbeitgeber nicht bestrebt, diesen voraussehbaren Gefahren zu begegnen, so handelt er schuldhaft. Treten in concreto störende Ereignisse ein, so besteht die unwiderlegliche Vermutung, daß der Arbeitgeber schuldhaft seine Aufgabe nicht erfüllt hat. Auch hier wie in einzelnen Fällen der Gefährdungshaftung handelt es sich um ein, wenn auch u. U. sehr geringes Verschulden, dessen Nachweis dem klagenden Arbeiter in der Regel unmöglich sein wird und das lediglich aus prozeßtechnischen Gründen wegen der Schwierigkeit des Nachweises vermutet wird. Eine unwiderlegbare Vermutung des Verschuldens ist auch nicht unbillig, da der Unternehmer sich gegen den Eintritt oder die Folgen von Betriebsstörungen, soweit sie nicht auf höherer Gewalt beruhen, decken kann und decken muß[111]).

Obwohl das Reichsarbeitsgericht das Einstehenmüssen des Arbeitgebers in Anwendung des alten Rechtsinstituts der Haftung bis zur höheren Gewalt als eine Haftung ansieht, vermeidet es doch geflissentlich, von einer Verschuldenshaftung zu sprechen. Es folgt in seinen Ausführungen[112]) den Gedankengängen des Reichsgerichts, die dieses z. B. in einer Entscheidung vom 21. XI. 1910[113]) für die Begründung der gesteigerten Haftung der Eisenbahn aus

[111]) Bemerkenswert, weil in ihr das Schuldmoment deutlich erkennbar ist, ist eine neuere Entscheidung des LAG Berlin, das im Anschluß an die ständige Rechtsprechung des RAG ausführt: Eine Druckerei einer politischen Tageszeitung, die den Kampf gegen die am Ruder befindliche Staatsleitung „temperamentvoll" führt und schon oft Objekt polizeilicher Verbote gewesen ist, müsse damit rechnen, daß sich im Laufe der Zeit die Gefahr der Betriebsschließung verwirklichen werde. Und derartige Betriebsstörungen, die die Führung des Betriebes betreffen, müsse der Unternehmer vertreten, ohne sie verschuldet zu haben (JW 1932, 3136). Handelt, wer eine so temperamentvoll geschriebene Zeitung druckt, daß er jeden Tag die Schließung des Betriebes gewärtigen muß, seinen Arbeitnehmern gegenüber, denen er zur Erfüllung seiner Arbeitgeberpflichten verbunden ist ‚nicht schuldhaft?

[112]) Vgl. z. B. Urteil vom 4. VII. 28 in Bensh.Sammlg. III, 129.

[113]) LZ 1911, 225.

dem Frachtvertrag (§ 456 HGB) dahin formuliert, daß die Haftung der Bahn der Billigkeit entspreche, „denn in Fällen solcher Art trifft weder den Absender noch die Eisenbahn ein Verschulden. Aber die Eisenbahn steht der Schadensursache näher. Sie ist ihrem Betrieb eigentümlich. Wie sie die Vorteile des Betriebes genießt, so hat sie auch die mit ihm untrennbar verknüpften Gefahren zu tragen". Eine wenig glückliche Begründung. Das Reichsgericht legt nicht einmal dar, inwiefern die Eisenbahn der Schadensursache nähersteht. Mit solcher Begründung läßt sich keine Haftung rechtfertigen. Denn so gut wie der Betrieb der Eisenbahn ist auch das Absenden des Gutes ursächlich für den Schaden. Dieser letzten Bedingung dürfte sogar vor jener eine überragende Bedeutung beizumessen sein, wenn man lediglich nach der wirksamsten Bedingung suchen wollte; denn „Orgelspielen ist immerhin mehr als Bälge treten"[114]). Auf eine quantitative Abwägung der Bedingungen kann es nicht ankommen. Eine Gefahrverteilung wegen konkurrierender Verursachung kennt unser Recht nicht. Entscheidend für die Haftung ist die Schuld. Wer mußte mit dem nach der Natur des Betriebes voraussehbaren Schaden rechnen, und wer mußte ihm, sei es durch Abwendung des schadenstiftenden Ereignisses, sei es durch Versicherung entgegentreten? Doch nur der Unternehmer. Diesem ist das Ereignis subjektiv zuzurechnen.

Dieser Gesichtspunkt ist der allein maßgebende auch für alle Fälle des Betriebsrisikos. Die Möglichkeit für den Unternehmer, typische Betriebsgefahren vorauszusehen und durch zumutbare Mittel überhaupt oder in ihren Folgen zu beseitigen, begründet für ihn eine Rechtspflicht, derartige Handlungen vorzunehmen. Diese Pflicht ist ein notwendiges Korrelat zu seiner Befugnis, einen Betrieb, der für gewöhnlich gewisse nachteilbegründende Ereignisse im Gefolge hat, zu unterhalten. Ereignet sich eine Betriebsstörung, die auf der normalen spezifischen Gefahr des betreffenden Betriebes beruht, so fällt dem Unternehmer als dem Begründer des Betriebes die Lohnzahlung zur Last. Denn es wird unwiderlegbar vermutet, daß er in Kenntnis der mit seinem Betrieb verbundenen Gefahren sein Unternehmen begonnen und die oben genannte Sorgfaltspflicht schuldhaft verletzt hat. Für Gefahren, die der Unternehmer auch bei noch so großer Sorgfalt nicht abwenden konnte und die dem Geschädigten auch in jedem anderen gefahrlosen Betrieb treffen konnten, kann er infolgedessen nicht haften.

Vergleicht man nun das so gewonnene Ergebnis der Schadenstragung bei Betriebsstörungen mit der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts, so zeigt sich, daß der von diesem eingeschlagene Weg bei richtiger Betrachtung nichts anderes darstellt als eine Haftung bis zur höheren Gewalt. Die Übereinstimmung zeigt sich besonders bei einem Vergleich mit den vom Reichsgericht aufgestellten Richtlinien. Danach werden bei einer für diesen Betrieb

[114]) Frank StGB. § 1 III, 2

typischen Betriebsstörung regelmäßig Ereignisse vorliegen, die — nach Ansicht des Reichsarbeitsgerichts — die Führung des Betriebes betreffen. Hier gehen die nachteiligen Folgen also auch nach Ansicht des höchsten Gerichts zu Lasten des Unternehmers. Bei anormalen Störungen, die durch ihr Vorkommen oder ihren Umfang ungewöhnlich, also atypischer Art sind, haben wir es regelmäßig mit Ereignissen zu tun, die den Bestand des Betriebes betreffen und daher nach Ansicht des Reichsarbeitsgerichts dem Arbeiter zur Last fallen. Und das sind stets Fälle höherer Gewalt. Also auch hier Übereinstimmung darin, daß der Unternehmer von der Lohnzahlungspflicht befreit sein muß.

§ 12

Anwendungsgebiet des gewonnenen Haftungsprinzips.

Da bei der Gewinnung dieses neuen rechtlichen Gesichtspunktes die Fälle nicht berücksichtigt worden sind, in denen die Leistungsunmöglichkeit des Arbeiters von dritten Personen, insbesondere von anderen Arbeitern, verschuldeter oder unverschuldeter Weise verursacht worden ist, erhebt sich jetzt die Frage, inwieweit das gewonnene Ergebnis auch für jene Fälle Gültigkeit hat. Nach der ständigen Praxis der Gerichte wird der Lohnanspruch unbeteiligter Arbeitswilliger abgelehnt, wenn die Betriebsstockung unmittelbar durch andere Arbeiter des Betriebes verursacht worden ist, da solchenfalls das Ereignis in der Sphäre der Lohnfordernden entstanden ist. Eine solche Vertretungssphäre für das Verhalten anderer Personen ist in diesem Sinne unhaltbar. De lege lata stehen sich auch heute noch der einzelne Arbeiter und der Unternehmer als Parteien eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages, als beiderseitige Gläubiger und Schuldner gegenüber. Die Arbeitskollegen sind für den Arbeiter und sein Arbeitsverhältnis zum Unternehmer dritte Personen. Entstehen aus ihrer Mitte Betriebsstörungen, so sind das von außen kommende Ereignisse, die mit dem Arbeitsverhältnis zwischen den Vertragsparteien nichts gemein haben. Auf der anderen Seite besteht zwischen den Arbeitern freilich auch eine Gemeinschaft. Aber sie ist mehr ethischer als wirtschaftlicher Art. Es ist die natürliche Schicksalsverbundenheit. Wenn heute mit Recht unter Hinweis auf diese Verbundenheit gesagt wird, wie die Arbeiter mit dem Betrieb, so seien sie auch untereinander auf Gedeih und Verderb verbunden, so darf das nicht dazu dienen, eine Verlagerung des Betriebsrisikos vom Unternehmer auf die Gefolgschaft zu bewirken. Denn das wirtschaftliche Risiko muß grundsätzlich beim Unternehmer bleiben.

Wo aber eine Verbundenheit der Arbeiter, die zugleich eine Verbundenheit mit dem Betrieb darstellt, besteht, hat der einzelne Arbeiter unter Umständen die Pflicht, auf eine aus dem Kreise der Arbeiter drohende Betriebsstörung einzuwirken. Dann nämlich,

wenn er wirklich eine Einwirkungsmöglichkeit durch Wort oder Tat hat. Die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht hat für ihn den Verlust des Lohnanspruchs zur Folge. Fehlte dem Arbeitswilligen eine Möglichkeit, irgendwie auf die Betriebsstörung einzuwirken, so kann sie selbst dann nicht seiner Vertretungssphäre zugerechnet werden, wenn sie mit seinem Wissen und seiner stillen Billigung verursacht worden ist. Denn sie ist nicht von ihm verschuldet. Allein aus der Tatsache seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft der Arbeiter folgt diese Haftung nicht, weil die Gemeinschaft nicht mehr eine Interessengemeinschaft der Arbeiter, sondern des ganzen Betriebes, des Unternehmers und der Gefolgschaft, ist.

Für die Belastung des Unternehmers mit diesem Risiko ist es belanglos, ob ein Arbeiter schuldlos oder fahrlässig eine Störung verursacht hat, die eine Betriebsstockung zur Folge hat (z. B. Beschädigung eines Motors). Denn als höhere Gewalt sind diese Fälle nicht zu betrachten. Sie sind typische voraussehbare Störungen. Der Unternehmer, dem es obliegt, geschulte Kräfte zur Bedienung des Motors anzustellen, haftet hier regelmäßig für Verschulden, nur daß die Schuld nicht mehr bewiesen zu werden braucht, weil sie sich nach den oben entwickelten Grundsätzen als eine typisch zu vermutende culpa in eligendo ergibt. Demnach verliert nur der schuldhaft handelnde Arbeiter seinen Lohnanspruch (§ 325 BGB), während der schuldlos handelnde und die übrigen den Anspruch für die ausgefallene Zeit gemäß § 324 BGB behalten. Wann bei Einwirkung von Menschenhand der Unternehmer aus dem Gesichtspunkt der höheren Gewalt von seiner Haftung befreit wird, ist allgemein nicht festzustellen, sondern Tatfrage.

Als Ergebnis können wir also feststellen, daß alle Betriebsrisikofälle trotz der entgegengesetzten Ansichten, die sich im Laufe der Entwicklung des Problems herausgebildet haben, unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zu betrachten sind: Das Prinzip der Haftung ist das Einstehenmüssen des Unternehmers bis zur Grenze der höheren Gewalt für Ereignisse, die er dadurch verursacht hat, daß er einen Betrieb eingerichtet hat, obwohl er mit der Möglichkeit des Eintritts gewisser generell voraussehbarer Schäden und Nachteile rechnen konnte und mußte.

Lebenslauf.

Ich bin am 26. November 1906 in Altona geboren. Nach Besuch des Wilhelm-Gymnasiums in Hamburg bestand ich dort im Herbst 1926 die Reifeprüfung. Darauf studierte ich an den Universitäten in Bonn, Berlin und Greifswald die Rechts- und Staatswissenschaften. Im Sommer 1930 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und war darauf 3 Jahre als Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Kiel im Ausbildungsdienst beschäftigt. Im Januar 1934 bestand ich die Große Staatsprüfung. Am 16. April 1934 legte ich vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität in Marburg die mündliche Doktorprüfung ab.